DER REKURS IN DER LUZERNISCHEN ZPO

VOM 28. JANUAR 1913

VON

DR. JUR. HANS GEISEN

1943

BUCHDRUCKEREI EMMENBRÜCKE AG., EMMENBRÜCKE

DER REKURS
IN DER LUZERNISCHEN ZPO
VOM 28. JANUAR 1913

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque
der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

HANS GEISEN, LUZERN

1943
BUCHDRUCKEREI EMMENBRÜCKE AG. · EMMENBRÜCKE

Die Fakultät hat diese Arbeit am 6. Mai 1943 auf Antrag von Professor Dr. jur. Hans Matti als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

In Dankbarkeit meinem lieben Vater zugeeignet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0076

INHALTSVERZEICHNIS

ALLGEMEINER TEIL

I. Einleitung 1
§ 1. Die Rechtsmittel im allgemeinen 1
§ 2. Die Einteilung der Rechtsmittel 2

II. Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung der Rechtsmittel der luzernischen ZPO unter besonderer Berücksichtigung des Rekurses . 4
§ 3. Das Rechtsmittelsystem vor 1824 5
§ 4. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1824 8
§ 5. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1850 10
§ 6. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1895 13
§ 7. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1913 16

III. Die Stellung des Rekurses zu den verschiedenen Rechtsmitteln . . 20
§ 8. Gegenüber den Rechtsmitteln der luzernischen ZPO 20
§ 9. Gegenüber den Rechtsmitteln des Bundeszivilprozesses . . . 22
§ 10. Gegenüber der deutschrechtlichen Berufung 26

SPEZIELLER TEIL

IV. Begriff und Voraussetzungen des Rekurses 30
§ 11. Der Begriff des Rekurses 30
§ 12. Die Voraussetzungen zum Rekurs 34
§ 13. Die Rekursfälle 36

V. Die Formalien des Rekurses 61
§ 14. Die Rekursschrift 61
§ 15. Die Rekursfrist 63

VI. Die Wirkungen des Rekurses 67
§ 16. Der Suspensiveffekt 67
§ 17. Der Devolutiveffekt 68

VII. Der Inhalt des Verfahrens vor zweiter Instanz 69
§ 18. Die Nachprüfungsbefugnis des Obergerichtes 69
§ 19. Das Verbot der Aenderung des Klage- und Antwortgrundes . . 71
§ 20. Das Novenrecht 73

VIII. Das Verfahren vor zweiter Instanz 74
§ 21. Die Form des Verfahrens 74
§ 22. Die Vorprüfung der Rekursschrift durch das Obergericht . . 76
§ 23. Die Erledigung des Rekurses 78

IX. Das Produkt und die Kosten des Rekursverfahrens 79
§ 24. Das Produkt des Verfahrens 79
§ 25. Die Prozesskosten des Verfahrens 81

LITERATURVERZEICHNIS

Bayer, v., Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozess, 1869.

Binder, H., Das Verhältnis der Berufung an das Bundesgericht zu den ausserordentlichen kantonalen Rechtsmitteln. Diss. jur. Zch. 1935.

Blum, E., Die Kassationsbeschwerde nach luzernischem Zivilprozeßrecht Diss. jur. Zch. 1934.

Bülow, O., Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868.

Caflisch, C., Die Rechtsmittel im bündnerischen Zivilprozess, Diss. jur. Bern 1929.

Eggenschwiler, E., Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, Diss. jur. Bern 1936.

Egli, G., Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Luzern, Diss. jur. Bern 1912.

Erlanger, L., Die Appellation im luzernischen Zivilprozess, Diss. jur. Bern 1940 (Nicht im Druck erschienen).

Favey, G., Les conditions du recours de droit civil au tribunal fédéral, im Journal des tribunaux, Lausanne 1916.

Fatzer, C., Die Rechtsmittel des thurgauischen Zivilprozessrechtes, Diss. jur. Bern 1935.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, Tübingen und Leipzig 1937.

Giacometti, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft 1939.

Giesker-Zeller, Die zivilrechtliche Beschwerde an das schweizerische Bundesgericht, Zürich 1915.

Hellwig, K., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 1908.

Heusler, A., Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaten, 1. Band: Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Leipzig 1923.

Leuch, G., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 2. Auflage, Bern 1937.

Matti, H., Ueber die Streitgenossenschaft, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 1, Bern 1924.
Zivilprozessrecht, Sonderband aus der Handelshochschule, Zürich.

Mendelsohn-Bartholdy, Die neue luzernische Zivilprozessordnung im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie von Kohler, Bd. 8, S. 187 ff.

Meyer v. Schauensee, P., Nochmalige Bemerkungen zur Revision des Zivilrechtsverfahrens im Kanton Luzern, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 20, 1884.
Zur juristischen Technik der luzernischen Zivilprozessordnung vom 13. Januar 1913, Separatabdruck, Kantonsbibliothek in Luzern.
Die luzernische Zivilprozessreform im Lichte unserer Justizzustände in der schweizerischen Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht sowie für Zivilprozessrecht, Band 2, S. 1—13.

Peter, M., Die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges als formelle Voraussetzung des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Diss. jur. Zch. 1930.

Pfyffer, K., Rechtsfreund für den Kanton Luzern, 2 Bände, Zürich 1824. Abriss einer Staatsverfassungsgeschichte des Kanton Luzern, 1840.

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 1931.

Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 1898.

Schnyder, O., Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern, Luzern 1913.

Schurter & Fritsche, Kantonale Zivilprozessrechte, Zürich, 1931.

Segesser, v. A. Ph., Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, Bände I bis IV 1851, 1852, 1857, 1861.

Stein, Kommentar zur Zivilprozessordnung.
Grundriss des Zivilprozessrechtes, Tübingen, 1921.

Sträuli, H. und Hauser, W., Zürcherisches Rechtspflegegesetz, II. Teil: Zivilprozessordnung, Zürich, 1939.

Tschupp, H., Der Rekurs als Rechtsmittel der zürcherischen Zivilrechtspflege, Diss. jur. Zch. 1930.

Weber, J., Gesetz über das luzernische Zivilrechtsverfahren nebst den darauf bezüglichen Entscheidungen des Obergerichtes aus den Jahren 1852—64, Luzern, 1865.

Weiss, Th., Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, 1908.

Wetzell, G. W., System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Auflage, Leipzig, 1878.

Kommissionalbericht über das Zivilrechtsverfahren an den hohen Grossen Rat des Kantons Luzern, 30. Wintermonat 1894, redigiert von K. Pfyffer.

Maximen des Obergerichtes des Kantons Luzern (Cit: M.). Bände I bis VIII. Rechenschaftsberichte des Obergerichts an den Grossen Rat des Kantons Luzern.

Sammlung der Gesetze und Regierungsverordnungen des Kts. Luzern (Cit: GS).

Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen (BGE).

Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR).

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV).

Weitere Abkürzungen.

CRV = Zivilrechtsverfahren des Kantons Luzern von 1850, 1895.

ZPO = Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern, 28. I. 1913.

GO = Gesetz über die Geschäftsordnung für das Obergericht des Kantons Luzern.

OG = Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893.

AGO = Abänderungsgesetz betreffend der teilweisen Abänderung der Geschäftsordnung des Obergerichtes vom 27. Januar 1937.

ALLGEMEINER TEIL

I. Einleitung.

§ 1. Die Rechtsmittel im allgemeinen.

Bricht in einem Rechtsstaat ein Streit zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten aus, so kann zur Beilegung dieses Streites der Richter angerufen werden. Der Richter untersucht den Streitfall und fällt Kraft der ihm vom Staate verliehenen Autorität ein Urteil, dem sich die Parteien zu fügen haben, sofern das Urteil rechtskräftig ist.

Schafft nun — so wird man sich berechtigterweise fragen — jedes Urteil unbedingt Recht? Kann sich der Richter nicht irren? Oder kann es nicht auch vorkommen, dass dem Richter nicht alle Unterlagen zur Verfügung stehen, die notwendig sind, um ein gerechtes Urteil zu fällen?

Um solche Fehler, die in der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis begründet liegen, zu beheben, hat sich mit der Rechtsentwicklung das Rechtsmittelsystem oder der Instanzenzug ausgebildet.

Die Rechtsmittel ermöglichen den Parteien eine Entscheidung, die unrichtig ist oder von der unterliegenden Partei (oder beiden Parteien) als unrichtig empfunden wird, anzufechten. Das Wesen der Rechtsmittel besteht also darin, dass den Rechtssubjekten ermöglicht wird, eine ihnen nachteilige Entscheidung durch eine ihnen günstigere zu ersetzen.

Diesem Parteistreben kommt der Staat entgegen, weil die Nachprüfung einer Entscheidung durch ein höheres Gericht grössere Sicherheit für die Richtigkeit der Entscheidung gewährt und überdies das allgemeine Vertrauen in die staatliche Rechtspflege erhöht.

Ferner dienen die Rechtsmittel auch dem Interesse des Staates, weil die Rechtspflege der höheren Gerichte der Beaufsichtigung der untern dient [1]).

Von den vielen in der Wissenschaft enthaltenen Definitionen über die Rechtsmittel stellen wir unserer Arbeit diejenige von Matti voran: «Unter einem Rechtsmittel versteht man das vom Gesetz geordnete besondere Verfahren, das zur Anfechtung von Urteilen dient. Insbesondere ist das Rechtsmittel ein Rechtsbehelf, womit eine Partei eine richterlich auferlegte Beschwernis aufzuheben versucht» [2]).

Da die Schweiz keine einheitliche Zivilprozessordnung für die Zivilrechtspflege der Kantone kennt, sind die Rechtsmittel, die die Ueberprüfung eines Urteils [3]) ermöglichen, sowohl in der Zivilprozessordnung des Bundes als auch der Kantone zu finden, wobei die Rechtsmittelsysteme des Bundeszivilprozesses und die der kantonalen Zivilprozessordnungen mehr oder weniger stark von einander abweichen.

Die verschiedenen Rechtsmittel der genannten Zivilprozessordnungen sind gegeneinander scharf abgegrenzt. Die Parteien, die sich eines Rechtsmittels bedienen, haben darauf zu achten, dass sie für das anzufechtende Urteil das richtige Rechtsmittel ergreifen.

§ 2. Die Einteilung der Rechtsmittel.

Ueber die Einteilung der Rechtsmittel herrschen in der Wissenschaft die verschiedensten Ansichten. Die bevorzugteste Unterscheidung der Rechtsmittel ist jene in ordentliche und ausserordentliche [4]).

---

[1]) Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, S. 423 ff.
[2]) Matti, Zivilprozessrecht, S. 1117.
[3]) Urteil ist hier im Sinne eines Endurteiles zu verstehen. Vergl. die Ausführungen in § 11.
[4]) Die luzernische ZPO hat keines der Rechtsmittel ausdrücklich als ordentliches oder ausserordentliches bezeichnet. Im V. Titel «Vom Versäumnisverfahren» erwähnt ZPO § 289 neben den gewöhnlichen Rechtsmitteln noch den Einspruch. Aber «gewöhnlich» bedeutet: Alle im Gesetze sonst vorgesehenen Rechtsmittel. Es ist nicht mit ordentlich gleichzusetzen. Der Einspruch ist zu erledigen, bevor die anderen Rechtsmittel verhandelt werden (ZPO § 289).

Die schweizerische juristische Literatur hat sich ausführlich mit dieser Unterscheidung der Rechtsmittel befasst.

Nach Favey [1]) liegt diese Einteilung der Rechtsmittel darin begründet, dass der Rechtsmittelrichter bei den ordentlichen Rechtsmitteln materiell entscheide, während er bei den ausserordentlichen nur zurückweise. Diese Unterscheidung ist aber nicht in allen kantonalen Zivilprozessordnungen durchführbar, so auch nicht in der Luzernischen.

Auch hat man versucht, diesen Unterschied damit zu begründen, dass die ordentlichen Rechtsmittel allgemein ergriffen werden können, während die ausserordentlichen nur beim Vorhandensein bestimmter im Gesetz umschriebener Gründe ergreifbar sind. Aber auch diese Unterscheidung ist nicht haltbar, da es denkbar ist, dass ein Gesetz alle möglichen Mängel erschöpfend aufzählt, sodass dieser Unterschied praktisch zu bestehen aufhört [2]).

Auch die Unterscheidung der Rechtsmittel nach ihrer Befristung ist unzureichend.

Da die genannten Unterscheidungen als mangelhaft gelten, bezeichnet die herrschende Prozessdoktrin als ordentliche Rechtsmittel diejenigen, die allgemein ergriffen werden können, sich gegen formell nicht rechtskräftige Entscheide wenden und deren Rechtskraft hemmen. Als ausserordentliche bezeichnet man dagegen jene, die einen Angriff gegen formell-rechtskräftige Entscheide bilden [3]). Zufolge dieser Unterscheidung ergibt sich, dass die Vollstreckung einer Entscheidung erst nach Ablauf der Frist für die ordentlichen Rechtsmittel erfolgen kann.

Eine andere Unterscheidung der Rechtsmittel ist jene in kassatorische und reformatorische [4]). Nach dieser Einteilung werden die Rechtsmittel danach unterschieden, ob ihr Ziel die Aufhebung bzw. die Rückweisung einer Entscheidung bedeutet oder auch die Neubeurteilung einer Sache durch eine obere Instanz zu Folge hat.

Für die luzernische ZPO ist diese Unterscheidung unwesentlich,

---

[1]) Favey in «Les conditions du recours de droit civil» S. 396 ff.
[2]) Giesker, Beschwerde, S. 190 ff.
[3]) Giesker, S. 192 ff. Hierbei ist jedoch besonders zu beachten, dass G. den Satz «die allgemein ergriffen werden können» nicht gelten lässt.
[4]) Vergl. Favey, S. 396.

da es Rechtsmittel gibt, die sowohl kassatorischen als auch reformatorischen Charakter aufweisen.

II. Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung der Rechtsmittel der luzernischen ZPO unter besonderer Berücksichtigung des Rekurses.

Die geschichtlichen Quellen über den Rekurs fliessen im Gegensatz zu den Rechtsmitteln der Appellation, Kassation, Revision und der Beschwerde sehr spärlich [1]). Dies ist darauf zurückzuführen, dass in der Wissenschaft vom Zivilprozess diese letztgenannten Rechtsmittel eine bedeutsame Rolle spielten und Gegenstand ausgiebiger Erörterungen waren; vor allem weil sie vom römischen Recht herrührten.

Mit dem Rekurs dagegen war es ganz anders bestellt. Sein Ursprung liegt in anderer Richtung. Wie in § 10 bei der Stellung des Rekurses gegenüber der deutschrechtlichen Berufung ausgeführt wird, enthält der Rekurs Elemente der Appellation. Und in der Tat muss der Rekurs als Zweig der Appellation angesehen werden, der aber vom luzernischen Gesetzgeber für seine besondere Aufgabe besonders gestaltet wurde.

Vor 1824 finden wir keine Anhaltspunkte dafür, dass das Rechtsmittel des Rekurses irgendwie bestand, weder als Zweig der Appellation, noch als anderes Rechtsmittel.

Erst im Gesetz von 1824 wird zum ersten Mal das Rechtsmittel des Rekurses erwähnt. Offensichtlich konnte der Gesetzgeber mit der Appellation, Kassation und Revision nicht alle Rechtsmittelfälle erfassen und schuf so ein neues Rechtsmittel, das aus der Appellation hergeleitet, eine Mittelstellung zwischen dieser und der Kassation hatte: den Rekurs.

Historisch gesehen, deutet der gewählte Name darauf hin, dass

---

[1]) Im römischen Recht wurde die Beschwerde «querela simplex» genannt. Im luzernischen Zivilprozess erscheint sie zum ersten Mal im Gesetz von 1850.

es sich um ein Rechtsmittel handelt, das jene Fälle erfassen sollte, die unter die andern Rechtsmittel nicht untergeordnet werden konnten. So heisst es auch im Gesetz von 1824: «Der Rekurs kann an den Täglichen Rat ergriffen werden, wenn sich die Rechte der verletzten Parteien zu keinem der vorgezeichneten Fälle (gemeint sind alle andern Rechtsmittel) eignet» (§ 88).

Allgemein bedeutet «Rekurs ergreifen» einfach die Tatsache, dass man eine Entscheidung weiterziehen will, womit aber noch nicht ausgedrückt ist, welches Rechtsmittel man anzurufen gedenkt. In der luzernischen ZPO ist jedoch der «Rekurs» zu einem bestimmten, den andern Rechtsmittel gegenüber genau abgegrenztes Rechtsinstitut ausgestaltet worden, sodass der Ausdruck «Rekurs ergreifen» die Einlegung eines besondern Rechtsmittels bedeutet.

Wenn auch dem Rekurs eine längere geschichtliche Entwicklung fehlt, so ist er trotzdem in der luzernischen ZPO zu einem beachtenswerten Rechtsmittel geworden, das in seiner heutigen Gestalt den andern Rechtsmitteln gleichwertig erscheint und vor allem der Appellation nicht nachsteht.

§ 3. Das Rechtsmittelsystem vor 1824.

Die urkundlich bezeugten Quellen über das Gerichts- und Rechtsmittelsystem gehen bis ins 13. Jahrhundert zurück [1]).

Das Rechtsmittelverfahren äusserte sich ursprünglich in der Form des Urteilszuges; was bedeutete, dass in bestimmten Fällen das Gericht den Rat bei einem anderen Gerichtshofe gleichen Rechts einholen konnte. Anfänglich waren es also nicht die Parteien, die den Instanzenzug veranlassten. Einen solchen gab es im heutigen Sinne nicht, denn selbst beim «Zug» oder auch «Gezogenes Urteil» genannt, bleibt der Rat der eigentliche Richter [2]).

Das System des Urteilszuges beruhte im wesentlichen auf der Tatsache, dass die Minderheit der Urteilenden das Recht besass, sich an ein höheres Gericht zu wenden. Aber auch die Erklärung

---

[1]) In dieser Zeit gab es ausser dem Gerichtshof in der Stadt Luzern noch 15 andere Gerichtshöfe im Kanton.

[2]) Egli, Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Luzern, S. 35.

des Gesamtgerichtes, dass ihm der zu beurteilende Fall zu schwer war, genügte um den Urteilszug zu bewirken.

Der Urteilszug geschah nicht in der Form einer Appellation, sondern in der Form der Einholung des Rates bei einem kompetenteren Gericht [1]). So holten z. B. die 15 Gerichtshöfe ausserhalb Luzern den Rat am Haupthofe in Luzern ein, der auch gleichzeitig der Oberhof war. Bevor aber der Urteilszug an den Oberhof gelangte, kam es des öftern vor, dass der zu behandelnde Fall erst noch anderen Gerichten gleicher Instanz vorgelegt wurde.

Mit Ausbildung der Territorialhoheit verschwand im Verlaufe von anderthalb Jahrhunderten der Urteilszug vollkommen, während die direkte Weitererziehung von einem Gericht an ein oberes zur Regel wurde. «Denn die rechte natürliche Obrigkeit war in letzter Linie der Rat in Luzern [2]).

Im 15. Jahrhundert entwickelte sich sodann ein regelrechter Instanzenzug, in Form des eigentlichen Rechtsmittels der Appellation. Diese war die Berufung an ein oberes Gericht, die allein von den Parteien ausging. Sie konnte gegen das einstimmig oder mit Mehrheit gesprochene Urteil eines Gerichtes ergriffen werden. Sie ging von einem untergeordneten an ein unmittelbar übergeordnetes Gericht und setzte so im Gegensatz zum Urteilszug eine anerkannte Hierarchie der Instanzen voraus [3]).

Der Rat der Stadt Luzern war das obere Gericht, die zweite Instanz, sowohl für das Stadtgericht in Luzern, als auch für alle Gerichte in den Aemtern, sowie für die Räte der Städte im Gebiete Luzerns.

Hatte die zweite Instanz entschieden, so konnte man noch an «Rät und Hundert» als dritte Instanz appellieren [4]).

Im Jahre 1493 wurde dann von den Räten ein Kreisschreiben erlassen, das die formellen Bedingungen der Appellation ordnete. Danach sollte bei Verlust der Appellation dieselbe sofort nach Eröffnung des Urteils ergriffen und innert acht Tagen dem Schultheiss mit Gesuch um Ansetzung eines Tages angemeldet werden.

---

[1]) Segesser, Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 77, Anmerk. 1.
[2]) Segesser, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 572.
[3]) Segesser, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 72.
[4]) Segesser, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 574, Anmerk. 1.

Zudem musste der Appellant in jeder Instanz einen Gulden Appellationsgebühr entrichten, unterlag er, so hatte er überdies der Gegenpartei Prozesskosten und Schaden zu bezahlen [1]). Diese Appellationsgebühren fielen dem Fiskus zu, sie bildeten die hauptsächlichsten Einnahmen aus der Gerichtsbarkeit [2]).

Bis zum Jahre 1798 wurden die ländlichen Zivilprozesse auf dem Lande von den sogenannten Geschworenen beurteilt. Die Appellation ging seither an den neuen und alten Landvogt.

Belief sich der Streitgegenstand auf hundert Gulden oder mehr, so entschied der Tägliche Rat in dritter, der Grosse Rat in vierter und letzter Instanz. In den Hauptstädten und den sogenannten Munizipalorten gab es eigene Gerichte, von denen mit Umgehung der Landvögte die Appellation an die Räte in der Hauptstadt ging.

Das Verfahren war ein rein mündliches. Von den Anbringen der Parteien findet man rein nichts aufgezeichnet; nur ein Urteilsbrief wurde ausgefertigt. Vor jeder Instanz begann der Prozess gleichsam aufs neue [3]).

Jahrhunderte lang musste diese Berufung den Bedürfnissen der Rechtssuchenden genügen.

Erst in der Helvetik trat eine Aenderung ein. Der Kanton wurde in neun Distrikte eingeteilt. Jeder Distrikt erhielt ein Gericht. Die Appellation ging von diesen Distriktgerichten an das Kantonsgericht. In bürgerlichen Streitigkeiten bildete ein oberster Gerichtshof die Kassationsinstanz für die ganze Schweiz.

Am 19. Februar 1803 wurde die Mediationsakte und im Juni desselben Jahres das erste luzernische Organisationsgesetz erlassen [4]) welches schon ein Jahr später durch ein anderes ersetzt wurde. Nach diesem wurde der Kanton in 33 Gemeindegerichte und 5 Amtsgerichte eingeteilt. Die Gemeindegerichte sind erste, die Amtsgerichte zweite Instanz. Die dritte und letzte Instanz bildete ein Appellationsgerichtshof, der alle Streitigkeiten, die nicht in die Kompetenz der zweiten Instanz fielen, beurteilte.

---

[1]) Segesser, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 573, Anmerk. 1.
[2]) Segesser, Rechtsgeschichte, Bd. 3, S. 78 ff.
[3]) Kasimir Pfyffer, Kommissionalbericht.
[4]) GS, Bd. 1, S. 35 ff. und GS Bd. 2, S. 64 ff.

Im Jahre 1814 trat an Stelle der Mediationsregierung die Restaurationsregierung. Die Gemeindegerichte wurden durch Dekret des Grossen Rates abgeschafft und an deren Stelle 18 Bezirksgerichte gesetzt. Daneben wurde als zweite und höchste Instanz das Appellationsgericht beibehalten [1]).

Bis 1824 blieb das Gerichtsverfahren unbefriedigend, da man auf die einzelnen zerstreuten Ordnungen in den Gesetzen angewiesen war. Erst der Erlass der bürgerlichen Gerichts- und Prozessordnung vom Jahre 1824 brachte die Zusammenfassung der bisherigen gesetzlichen Regelung und der Praxis.

§ 4. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1824.

Das Gesetz betreffend die bürgerliche Gerichts- und Prozessordnung vom 28. Januar 1824 [2]) wurde von Kasimir Pfyffer verfasst. Bei seiner Abfassung stützte er sich auf die Erfahrungen, die man bis anhin mit der alten Prozessordnung gemacht hatte.

Die neue Prozessordnung kannte vier Instanzen. Friedensrichter und Friedensgerichte, Bezirksgerichte, Stadt- und Gemeinderäte an den Munizipalorten. Vierte und letzte Instanz war der Appellationsrat, der letztinstanzlich in appellablen Fällen entschied.

Im achten Titel des Gesetzes wurden die Rechtsmittel ausführlich geregelt. Er kannte als solche die Appellation, Kassation und den Rekurs, ausserdem bestand noch die Möglichkeit einer Bittschrift an die Regierung. Diese Rechtsmittel erfuhren eine gründliche Redigierung, um den argen Mißständen, die sich auf diesem Gebiet eingelebt hatten, zu steuern.

Wie schon erwähnt, tritt der Rekurs zum ersten Mal im Gesetz von 1824 auf. In seinen wesentlichen Zügen ist er dem Rekurs von heute sehr ähnlich.

Nach § 88 ist der Rekurs an den Täglichen Rat zugelassen gegen alle Weisungen, Beschlüsse und Verfügungen eines erstinstanzlichen Gerichtes oder gegen eine Kommission desselben, durch die sich

---

[1]) Kasimir Pfyffer, Kommissionalbericht.
[2]) GS, Amtlicher Nullband, S. 762 ff.

eine Partei in ihren Rechten verletzt glaubt, und die sich zu keinem — nach den vorbezeichneten Fällen — anderen Rechtsmittel eignen. Der Rekurs kann also nicht gegen ein Endurteil, sondern nur gegen Vorentscheidungen ergriffen werden.

Der Rekurs soll nur da zur Anwendung kommen, wo ein Verzug unmöglich oder mit grossem Nachteil verbunden wäre [1]). Ueberdies soll der Rekurs nur in appellablen Prozessen ergriffen werden. Eine Ausnahme findet jedoch statt hinsichtlich Erkenntnissen über die Kompetenz eines Gerichtes. Erkenntnisse dieser Art unterliegen sofort dem Rekurs, auch wenn der Streitgegenstand nicht appellabel ist [2]).

«Die Partei, welche den Rekurs ergreifen will, soll sich sogleich bei der Ausfällung des zu rekurierenden Aktes hierzu erklären und binnen 10 Tagen den Rekurs beim Täglichen Rat anhängig machen, ansonst derselbe ersessen sein soll» (§ 88, Abs. 2).

Der Rekurs wird anhängig gemacht, indem der Rekurrent bei der Staatskanzlei zu Handen des Täglichen Rates eine seine Gründe enthaltene Bittschrift einreicht, für die ihm von derselben ein Empfangsschein ausgestellt wird (§ 89).

«Hat hingegen jemand nicht bei einem Bezirksgericht, sondern gegen einzelne Beamte Beschwerde zu führen, so hat sich derselbe falls die Klage gegen den Gerichtsstatthalter gerichtet ist, an den betreffenden Oberamtmann, und falls dieselbe gegen den Oberamtmann geht, an den Täglichen Rat zu wenden» (§ 90, Abs. 1).

Fühlt sich eine Partei von einem Beamten, gegen welchen sie Beschwerde führt, in Schaden versetzt, so kann sie beim Täglichen Rat die Anweisung an ein unparteiisches Gericht beantragen (§ 90, Abs. 2). Kommt bei ergriffenem Rekurs oder bei geführter Beschwerde gegen einen Beamten mutwillige Prozeßsucht oder Schikane zum Vorschein, so kann die Behörde den Schuldigen ahnden (§ 91).

Die Appellation ist von dem Rekurs wesentlich verschieden. Sie ist gegen bezirksgerichtliche Urteile gegeben, und im Gegensatz zu heute kann sie auch zur selbständigen Anfechtung von Vorent-

---

[1]) Pfyffer, Rechtsfreund, S. 314.
[2]) Pfyffer, Rechtsfreund, S. 314 ff.

scheiden appellabler Urteile dienen. Sie wendet sich gegen den Inhalt des angefochtenen Urteils, indem sie dem Gericht die Frage vorlegt, ob in der Vorinstanz wohl oder übel geurteilt worden sei.

Demgegenüber richtet sich das Rechtsmittel der Revision nicht nur gegen erstinstanzliche, sondern auch gegen eigene Urteile des Appellationsrates. Sie ist ähnlich, wie heute, an strenge Voraussetzungen gebunden. Mit der Einlegung der Revision können auch Nova geltend gemacht werden [1]).

Nach ZPO § 85 hat die Revision, im Gegensatz zu heute, mehr kassatorische Funktion, indem sie nie zu Abänderung des Urteils durch den Appellationsrat, sondern zur Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Neubeurteilung führt. Die Frist dazu ist, wie heute, auf 10 Jahre festgesetzt.

In § 78 wurde die Kassation definiert als dasjenige Rechtsmittel, mit welchem eine Partei den Appellationsrat anrufen kann, wenn sie glaubt, dass in einem «verführten» Prozess die Rechtsform verletzt worden sei.

Als notwendige Voraussetzung für die Einlegung der Kassation ist das Vorliegen eines Urteils, — appellabel oder inappellabel — sowie das Vorhandensein eines Kassationsgrundes [2]).

Seit dem letzten Regierungswechsel von 1831 hatte sich Kasimir Pfyffer mit dem Gedanken befasst, eine vollständig neue Prozessgesetzgebung zu verfassen. Dieses Vorhaben wurde aber aufgeschoben, bis 1841 wieder ein Regierungswechsel eintrat.

1847 wurden seine Vorschläge Gegenstand von Kommissionalberatungen, die dann im neuen Gesetz über das Civilrechtsverfahren vom 22. Oktober 1850 ihren Niederschlag fanden.

§ 5. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1850.

In § 1 ff. nennt das Civilrechtsverfahren von 1850 vier Instanzen: Friedensrichter, Friedensgerichte, Bezirksgerichte und als Rechtsmittel- und Aufsichtsinstanz das Obergericht.

---

[1]) Schurter-Fritsche, das ZPR der Schweiz, Bd. 2, S. 125.
[2]) Im Gesetz von 1824 unterscheiden wir ordentliche und ausserordentliche Kassationsgründe.

Im zehnten Titel handelt das Civilrechtsverfahren von den Rechtsmitteln. Ausser den bisherigen Rechtsmitteln des Rekurses, der Appellation, Kassation und Revision enthält das Civilrechtsverfahren noch die Möglichkeit einer Beschwerdeführung an das Obergericht. Wer dieses Rechtsmittel ergreift, geht aber nicht nur das Risiko ein, abgewiesen zu werden, sondern er kann überdies noch wegen Trölerei und Schikane bestraft werden (§ 248).

In den §§ 243—246 befasst sich das Gesetz mit dem Rekurs. Dieser ist im Gesetz von 1850 im wesentlichen unverändert geblieben [1]).

Ueber den Begriff des Rekurses heisst es in § 243: «Der Rekurs ist dasjenige Rechtsmittel, gemäss welchem eine Partei gegen Erkenntnisse über verzögerliche Einreden, gegen prozessleitende Beschlüsse und Weisungen, welche ein Gericht oder eine Kommission erlässt, an das Obergericht gelangt, um eine Abänderung derselben zu bewirken» [2]).

Wie schon im Gesetz von 1824, so ist auch im Gesetz von 1850 der Rekursentscheid gegen eine Kommission zulässig. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, dass nach § 28 eine Kommission die Befugnisse des Gerichtes an dessen Stelle ausüben kann [3]).

Im übrigen ist der Rekurs in der Regel nur dann statthaft, sofern der Streitgegenstand des Hauptprozesses die Appellationssumme erreicht (§ 244). Wie im Gesetz von 1824, so sind auch im neuen Gesetz nur diejenigen Erkenntnisse eines Gerichtes oder einer Kommission rekursfähig, die auch appellabel sind. Ausgenommen jedoch, wenn jemand nach ergangenem Urteil des Bezirksgerichtes beschwören kann, dass durch eine im Verlaufe des Prozesses ergangene Erkenntnis die Rechtsform verletzt wurde. Insbesondere ist das der Fall bei Erkenntnissen über den Ausstand § 35, über Vertagungen § 109, und bei Verwerfungen von Beweisen [4]).

Auch dann macht das Gesetz von der Regel des § 244 eine Aus-

---

[1]) K. Pfyffer, im Ergänzungsband zum Rechtsfreund, S. 143.

[2]) Vergl. Jost Weber, Das Civilrechtsverfahren, S. 336.

[3]) Die Gerichtsbarkeit des Gerichtes ist der Kommission delegiert, mit Ausnahme der Fällung des Haupturteils und was einem Haupturteil gleichkommt, die Urteile über zerstörliche Einreden.

[4]) Wenn jedoch das Gesetz in appellablen Prozessen den Rekurs nicht zulässt, (so bei Erkenntnissen in denen ein Beweis verworfen wurde), so erhebt sich die Frage, inwieweit sind Erkenntnisse, bei denen unter Widerspruch der Gegenpartei, Beweise zugelassen, rekursfähig.

nahme, wenn in inappellablen Fällen der Rekurs gegen ein vorinstanzliches Erkenntnis stattfindet, wobei sich das Erkenntnis über die Kompetenz oder Inkompetenz eines Gerichtes ausspricht. Eine Ausnahme ist auch dann statthaft, wenn die Erkenntnisse so beschaffen sind, dass deswegen der Fortgang des Prozesses derartig gehemmt würde, dass ein Urteil über die Hauptsache nicht erhältlich wäre (§ 244, Abs. 3).

Eine Partei, welche den Rekurs ergreifen will, hat diesen sogleich bei Eröffnung der zu rekurierenden Erkenntnis oder Weisung zu erklären und binnen 14 Tagen eine begründete Rechtsschrift einzureichen (§ 245).

Der Rekurs kann vom Obergericht sofort oder nach Einvernahme der Gegenpartei abgewiesen werden (§ 246).

Die Appellation erfuhr im Gesetz von 1850 eine wesentlich bessere Regelung als im Gesetz von 1824. Sie ist gegen Urteile in Civilprozessen zulässig (§ 205). Legitimiert zur Appellation ist nach § 203 jede Partei.

Die Anschlussappellation wird beschränkt zugelassen (§ 211). Das Verfahren ist im neuen Gesetz sehr ausführlich geregelt. Die Einsendung der Akten und die entsprechenden Fristen sind in §§ 206 und 207 genau angeführt [1]).

Die Kassation erfuhr im Gesetz von 1850 eine weitere Ausgestaltung, wobei die Kassationsgründe erheblich vermehrt wurden (§ 216). Bezüglich des Verfahrens galten ohne wesentliche Abweichung die Vorschriften von 1824 (§ 222).

Neu waren im Gesetz von 1850 die Bestimmungen, wonach das Kassationsurteil zu bestimmen hatte, ob eine Prozesshandlung ganz oder nur teilweise nichtig sein sollte (§ 33).

Besonders eingehend wird die Revision geregelt (§§ 227—242).

Bevor das Obergericht auf neue Tatsachen oder Beweise eintritt, die bereits rechtskräftig beurteilt wurden, muss es zuvor die Revision gestattet haben (§ 228). «Die Revision ist nur dann zulässig, wenn der Revisionsbewerber nachweist, dass er neue Tatsachen, die er früher nicht kannte oder neue Beweise, die er früher zu produzieren nicht im Stande war, vorlegen könne» (§ 229).

---

[1]) Vergl. Erlanger, Die Appellation in der luzernischen ZPO, § 2 cc.

Zu den alten Revisionsgründen tritt als neuer noch hinzu der Beweis, dass die früher von dem Gegner gebrauchten Beweismittel falsch waren (§ 229 b). Auch wird auf das Revisionsgesuch erst eingetreten, wenn die Prozesskosten des ersten Prozesses bezahlt sind (§ 231).

Ist ein Revisionsgesuch schon dem Inhalte nach unzulässig, so wird es ohne weitere Verhandlung abgewiesen (§ 232). Wenn das Obergericht die Revision gestattet, so gelangt die Sache an die erste Instanz, welche früher geurteilt hatte (§ 236).

Für die Beantwortung eines Revisionsgesuches ist eine Frist von vierzig Tagen, statt früher einen Monat, anberaumt.

Wird auf dem Wege der Revision ein früheres Urteil abgeändert, so erlangt die obsiegende Partei dadurch keineswegs das Recht, den allfällig schon an einen Dritten veräusserten Streitgegenstand zurückzufordern, sondern es soll ihr vom Gegner der Wert der Sache vergütet werden (§ 238).

Ausser diesen Abänderungen ist das Verfahren das gleiche geblieben.

§ 6. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1895.

Weder die neu erlassene Staatsverfassung von 1863, noch die zahlreichen Gesetze, die in den Jahren von 1850 bis 1895 erlassen wurden, bewirkten wesentliche Aenderungen im Titel über die Rechtsmittel. In bezug auf diese Zeit schreibt Gotthard Egli in «Die Gerichtsverfassung im Kanton Luzern» im Jahre 1912: «In keiner Periode unserer Rechtsgeschichte tauchten soviel Anregungen, Pläne und Entwürfe zur Umgestaltung der Gerichtsverfassung auf und wurde so wenig verändert wie in dieser» [1]).

1875 verlangt die Motion Bösch eine Revision des Civilrechtsverfahrens, durch die die schlimmsten Uebelstände beseitigt werden sollten [2]).

---

[1]) Gotthard Egli, Die Gerichtsverfassung im Kanton Luzern 1912, S. 36. Ferner vergl. Darstellung bei Schurter, Bd. II, S. 35 ff.

[2]) Der Entwurf von Bösch schlug vor allem eine Erhöhung der Kompetenzsumme, Beseitigung der friedensrichterlichen Urteilskompetenz und Neuordnung des Schriftenwechsels vor. Dass vor allem in letzter Beziehung schwere Uebelstände herrschten, ist aus den Ausführungen Placid Meyer von Schauensee ersichtlich, ZBJV, Bd. 19, S. 170 ff.

Dazu erklärte Placid Meyer von Schauensee, dass eine Revision der Verfahrensbestimmungen durchaus ungenügend sei und postulierte daher gleichzeitig eine Neuordnung der Gerichtsverfassung. Damit erreichte er aber nur, dass der Grosse Rat die Prozessrevision auf unbestimmte Zeit verschob [1]).

Erst 1891 erfolgte eine erneute Motion, in der eine teilweise Revision des Civilrechtsverfahrens gefordert wurde [2]).

1893 sodann legte die Gesetzgebungskommission einen entsprechenden Entwurf vor, der mit einigen Abänderungen am 25. März 1895 angenommen wurde. Das neue Gesetz beschränkte sich in erster Linie auf die Behebung der allerschlimmsten Mängel [3]).

Bezüglich der Rechtsmittel postulierte Placid Meyer von Schauensee in der ZBJV 1884, Bd. 20, S. 240 ff. auf Grund der Anregung von Andreas Heusler die klare Trennung von Berufung und Kassation. Er machte den konkreten Vorschlag, man solle die Kassationsgründe 5—9 des § 218 des Civilrechtsverfahrens von 1850 weglassen und sie durch einen ergänzenden Paragraphen bei der Appellation ersetzen. Dieser sollte lauten: «Wenn durch ein Urteil ein Staatsvertrag oder ein Konkordat offenbar verletzt ist oder ein offenbarer Irrtum hinsichtlich entscheidender Fakten vorliegt oder gegen den klaren unzweideutigen Buchstaben des Gesetzes geurteilt ist, könne gegen ein solches Urteil ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der Appellationssumme appelliert werden». Der Erfolg wäre derselbe. Es wäre aber damit die theoretisch-klare Trennung zwischen Berufung und Kassation erreicht. Diese Postulate fanden aber in Luzern keinen grossen Anklang. Denn im Civilrechtsverfahren von 1895 wurde in § 268 die bisherige Regelung im wesentlichen beibehalten. Von der vorgeschlagenen Aenderung wurde nur die Kassation berührt, sonst aber wurden die Vorschläge Placid Meyers

---

[1]) So schrieb Placid Meyer von Schauensee in der ZBJV, 1882, Bd. 19, S. 172 ff: «Die wahre Garantie für eine gute Praxis liegt nicht in einer möglichst getreuen Kodifikation der herrschenden Doktrin, sondern in seiner passenden Gerichtsorganisation und in einem wackeren, gebildeten Richterstand. Ohne durchgreifende Aenderung der Gerichtsorganisation bleibt daher jede Revision des Prozessgesetzes eine blosse Gesetzesflickerei.»

[2]) Egli, Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Luzern, S. 146.

[3]) Die wichtigsten Neuerungen sind: Aenderung des schriftlichen Vorverfahrens, Einführung der Zeugeneinvernahme in Gegenwart der Parteien und Neuordnung des Ehescheidungsverfahrens im Sinne der Offizialmaxime.

von Schauensee nicht durchgeführt. Daher blieb das Rechtsmittelsystem im wesentlichen unverändert.

Im Gesetz von 1895 ist der Rekurs jenes Rechtsmittel, durch welches eine Partei beim Obergericht bzw. dessen Justizkommission die Abänderung von erstinstanzlichen Erkenntnissen nachsuchen kann (§ 256).

In § 257 heisst es sodann, dass der Rekurs nur gegen solche Erkenntnisse statthaft sei, gegen welche er in diesem Gesetz ausdrücklich als zulässig erklärt wird. Er ist auch gegen Erkenntnisse statthaft, in denen ein appellabler Zivilprozess sistiert wurde.

Der Rekurs ist sofort nach Eröffnung des Erkenntnisses beim Gericht zu erklären; er ist binnen 10 Tagen mit einer begründeten Rechtsschrift beim Obergericht einzureichen (§ 258).

Das Obergericht prüft das Rekursgesuch. Es kann, wenn der Fall nicht rekursfähig oder die Rekursfrist verwirkt ist, auf dasselbe nicht eintreten, oder wenn der Rekurs gänzlich unbegründet erscheint, denselben ohne Einvernahme der Gegenpartei abweisen (§ 259).

Im Gesetz von 1895 ist die Appellation gegenüber Urteilen in Zivilstreitigkeiten (§ 246), sowie in Expropriationssachen nach § 5 des Expropriations-Gesetzes von 1895 zulässig.

Einzig der Kosten wegen ist Appellation noch möglich, wenn die Kosten des Appellanten mehr als Fr. 100.— betragen.

Im neuen Gesetz ist die Appellation nicht nur mehr gegen die in der Hauptappellation bezeichneten Punkte beschränkt, sondern nach § 248 uneingeschränkt zulässig. Nova sind gemäss § 254 zulässig, sofern sich die betreffende Partei über das verspätete Vorbringen rechtfertigen kann.

Bezüglich des Verfahrens stellen die Bestimmungen über den Kostenvorschuss und die Bezeichnung der Appellationspunkte eine Neuerung dar (§§ 249, 250).

Die Kassation erfuhr ihre hauptsächlichste Veränderung bei der Neuregelung des Verfahrens. Die Kassationsgründe erfuhren aber weder der Zahl noch dem Inhalt nach eine Veränderung.

Bei inappellablen Prozessen wird bei Einreichung der Kassationsbeschwerde die Darlegung der Kassationsgründe verlangt (§ 246). Bei appellablen Prozessen muss die Kassation auch wie

bisher auf dem Wege der Appellation geltend gemacht werden (§ 268). Eine Neuerung bestand ferner darin, dass bei Kassation gegen obergerichtliche Urteile die Parteien zu einer mündlichen Verhandlung vorgeladen werden mussten (§ 271).

Die Revision erfuhr im Gesetz von 1895 keine wesentlichen Veränderungen gegenüber dem Gesetz von 1850. Es kann daher auf die Ausführungen im letzten Paragraphen verwiesen werden.

§ 7. Das Rechtsmittelsystem nach dem Gesetz von 1913.

Im Jahre 1852 wies Marzohl in «Reform der Justizverfassung der Untergerichte des Kantons Luzern» darauf hin, dass die 19 Bezirksgerichte ihrer Aufgabe nicht mehr gewachsen wären. Daher postulierte er, dass viel grössere Gerichtskreise geschaffen werden sollten.

Trotz solcher Reformbestrebungen wurde 1899 ein neues Organisationsgesetz erlassen, in welchem die 19 Bezirksgerichte aufs neue bestätigt wurden. Dies hatte zur Folge, dass die seit Jahrzehnten geforderte Reform der Gerichtsorganisation neuen und stärkeren Auftrieb erhielt.

Im Jahre 1909 wurde von Regierungsrat Dr. Sigrist der Entwurf des Einführungsgesetzes zum ZGB redigiert. Er trug in diesem Gesetz den mannigfachen Bestrebungen für die Reform des Organisationsgesetzes Rechnung und sprach von den erstinstanzlichen Gerichten, nicht mehr von Bezirks- sondern von Amtsgerichten, womit er ausdrücken wollte, dass die Gerichtskreise auf den Umfang der bestehenden Aemter erweitert werden sollten.

In den Jahren 1909 und 1910 hatte Dr. Sigrist einen Entwurf für die neue ZPO und einen solchen für das neue Organisationsgesetz entworfen. Beide Entwürfe wurden gesondert von einer Expertenkommission beraten und dem Obergericht und dem Anwaltsverband zur Begutachtung vorgelegt. Nach unwesentlichen Abänderungen wurden beide Entwürfe zu einem Gesetz vereinigt und dem Grossen Rat zur Abstimmung vorgelegt. Dieser nahm das neue Gesetz am 28. Januar 1913 mit 122 gegen 17 Stimmen an. Er entsprach damit einem Postulat, das zu erhöhter Rechtssicherheit beitrug.

Der Souverän nahm das Gesetz am 27. April 1913 mit 14,004 gegen 4,051 Stimmen an und bezeugte mit diesem Ergebnis, dass die seit so langem geforderte Reform nicht nur gebilligt wurde, sondern eine Notwendigkeit war [1]).

Die neue ZPO kennt folgende Instanzen: Friedensrichter, Gerichtspräsident, Amtsgericht und Obergericht.

Im vierten Titel der ZPO werden die Rechtsmittel behandelt. Es sind dies im Einzelnen, wie schon im Civilrechtsverfahren von 1850 und 1895: Die Appellation, der Rekurs, die Kassation, die Revision, das Erläuterungsgesuch und die Beschwerde.

Von allen Rechtsmitteln in der luzernischen ZPO kann nur die Appellation bei allgemeinen Voraussetzungen eingelegt werden. Ihre Einlegung äussert Suspensiv- (§ 240 ZPO) und Devolutiveffekt.

Da die luzernische ZPO bei der Unterscheidung der Rechtsmittel auf den Devolutiveffekt abstellt, gehört die Appellation zu den ordentlichen Rechtsmitteln.

Das Rechtsmittel des Rekurses ist nur gegen die ausdrücklich in der ZPO bezeichneten Erkenntnisse oder Verfügungen zulässig (§§ 253, 254 ZPO). Er äussert sowohl Suspensiv- als auch Devolutiveffekt. Daher ist der Rekurs in der luzernischen ZPO das zweite ordentliche Rechtsmittel.

Die Kassation kann ebenfalls nur für die vom Gesetz bezeichneten Fälle eingelegt werden (§§ 258 und 259 ZPO). Nach § 256, Abs. 4 ZPO kommt der Kassation nur Suspensiveffekt zu, wenn das Obergericht diese Wirkung ausdrücklich bestimmt, zudem äussert sie keinen Devolutiveffekt. Daher wird die Kassation in der luzernischen ZPO zu den ausserordentlichen Rechtsmitteln gezählt.

Die Revision ist das Rechtsmittel, durch welches das Obergericht ersucht wird, wegen vorgebrachten neuen, vorher nicht angeführten Tatsachen oder Beweisen ein früheres rechtskräftiges Urteil abzuändern (§ 266 ZPO). Das Obergericht kann auf Verlangen des Revisionsbewerbers die Vollziehung des früheren Urteils sistieren (§ 273 ZPO). Da die Rechtsmittel in der luzernischen ZPO nach dem Devolutiveffekt unterschieden werden, ist die Revision

---

[1]) Vergl. dazu Schurter, Bd. II, S. 50 und das Vorwort bei Schnyder.

in Hinblick auf § 274 ZPO schwerlich in die Kategorie der ordentlichen oder der ausserordentlichen Rechtsmittel unterzubringen [1]). Gleichwohl wird die Revision von der luzernischen ZPO zu den ausserordentlichen Rechtsmitteln gezählt.

Die Rechtsmittel im Gesetz von 1913 unterscheiden sich nicht wesentlich von denjenigen im Gesetz von 1850. Soweit in § 5 auf das Verhältnis der Rechtsmittel zueinander noch nicht eingegangen wurde, soll das nachfolgend geschehen.

Die Appellation kann ohne Nachweis von speziellen Gründen eingelegt werden. Abgesehen vom Erfordernis der Schriftlichkeit ist die Appellationserklärung formlos gültig und richtet sich nur gegen Urteile des Amtsgerichtes. Sie wendet sich gegen den Inhalt und nicht gegen die Form des Urteils.

Die Kassationsbeschwerde will die Aufhebung eines nichtigen Urteils bewirken. Die kassierende Instanz ist hierbei nicht gehalten, ein neues Urteil zu sprechen.

Die Revision richtet sich gegen ein rechtskräftiges Urteil und muss sich auf relevante Nova beziehen. Ihr Zweck ist nicht Aufhebung, sondern Aenderung eines Urteils. Die Gründe für die Revision sind ebenso wie für die Kassation abschliessend aufgezählt (§§ 259 und 268 ZPO).

Das Erläuterungsgesuch ist genau genommen kein Rechtsmittel, denn es bewirkt weder Aufhebung noch Abänderung eines Urteils. Seine Einordnung in die Kategorie der Rechtsmittel erfolgt aus Zweckmässigkeitsgründen. Das Erläuterungsgesuch verlangt nur, dass der Richter sich über den Sinn der im Urteil bezeichneten unklaren Stellen ausspreche, ohne dass der Wortlaut des Urteils eine Aenderung erfährt (§ 279 ZPO).

Nach § 280 ZPO wird ein Erläuterungsurteil, welches gegen den Inhalt des früheren Urteils verstösst, kassiert.

Auch die Beschwerde ist kein eigentliches Rechtsmittel. Sie hat grundsätzlich nur Disziplinarcharakter [2]). Sie wendet sich gegen Amtshandlungen, kann aber auch zur Aufhebung gesetzwidriger

---

[1]) Weswegen es vorteilhafter wäre, die Rechtsmittel nach dem Suspensiveffekt zu unterscheiden. Das Obergericht hat sich übrigens noch in keiner seiner Entscheidungen über die Einteilung der Rechtsmittel ausgesprochen.

[2]) Vergl. Kommentar Leuch Art. 374.

Handlungen führen; hierin äussert die Rechtsmittelwirkung, und daher wird sie auch unter die Rechtsmittel eingereiht (§ 282 ZPO).

Bevor auf den speziellen Teil dieser Arbeit eingetreten wird, soll noch der Rekurs, wie er im Gesetz von 1913 enthalten ist, näher dargestellt werden.

Mit dem Rechtsmittel des Rekurses ersucht eine Partei das Obergericht um die Abänderung von Erkenntnissen und Verfügungen des Gerichtspräsidenten und von erstinstanzlichen Erkenntnissen über Vorfragen (§ 253 ZPO).

Der Rekurs ist jedoch nur gegen solche Erkenntnisse statthaft, gegen welche er in diesem Gesetz ausdrücklich als zulässig erklärt wird. Er ist auch statthaft gegen eine Erkenntnis, wodurch ein appellabler Zivilprozess sistiert wird bis ein anderer Zivil- oder Strafprozess erledigt ist (§ 254 ZPO).

Die Rekurs-Erklärung soll sofort nach Eröffnung des Entscheides geltend gemacht werden (§ 255 ZPO). Diese Vorschrift ist vor allem eine Ordnungsvorschrift. Sie bezweckt Aufklärung über die Frage, ob der Rekurs ergriffen werde oder nicht. Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat jedoch nicht Verwirkung des Rekursrechtes zur Folge [1]). Dagegen bedeutet Weiterverhandeln ohne Erklärung Verzicht auf das Rekursrecht [2]). Auch eine eventuelle Voranmeldung zum Rekurs ist wirkungslos [3]).

Für die Einreichung der Rekursschrift beim Obergericht ist eine Frist von 10 Tagen, vom Tage der Eröffnung des Entscheides an, vorgesehen (§ 255 ZPO). In allen Fällen, wo der Entscheid nicht mündlich eröffnet wurde, beträgt die Rekursfrist ebenfalls 10 Tage [4]).

§ 256 ZPO lautet sodann: «Das Obergericht wird vorerst das Rekursgesuch prüfen, und wenn der Fall nicht rekursfähig ist oder die Rekursfrist verwirkt ist, auf dasselbe nicht eintreten oder, wenn der Rekurs schon an sich als gänzlich unbegründet erscheint, denselben ohne Einvernahme der Gegenpartei abweisen».

---

[1]) M V 171.
[2]) M V 187.
[3]) M II 729, M IV 301.
[4]) Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Sinne von ZPO § 121, Abs. 2 und § 132, Abs. 2, zulässig.

In Fällen, in denen das Rekursrecht gegeben und nicht verwirkt ist, oder dasselbe als gänzlich unbegründet erscheint, teilt das Obergericht die Rekursschrift der Gegenpartei zur schriftlichen Vernehmlassung innert 10 Tagen mit [1]). Bei Nichteinreichung einer Vernehmlassung binnen gesetzlicher Frist entscheidet das Obergericht nach dem Anbringen des Rekurrenten auf Grund der Aktenlage (§ 257 ZPO).

III. Die Stellung des Rekurses zu den verschiedenen Rechtsmitteln.

§ 8. Gegenüber den Rechtsmitteln der luzernischen ZPO.

Der Rekurs ist das Rechtsmittel der luzernischen ZPO, das nicht allgemein zulässig ist, sondern nur gegen Erkenntnisse und Verfügungen [2]) des Gerichtspräsidenten oder gegen Erkenntnisse über Vorfragen des Friedensrichters, des Gerichtspräsidenten und des Amtsgerichtes (§ 253 ZPO) gegeben ist. Er ist also nicht gegen ein Endurteil zulässig [3]).

Ferner ist der Rekurs nur statthaft gegen solche Erkenntnisse, die in der luzernischen ZPO ausdrücklich genannt sind (§ 254 ZPO).

Demgegenüber ist die Appellation jenes Rechtsmittel der luzernischen ZPO, das bei Vorhandensein allgemeiner Voraussetzungen eingelegt werden kann; sie richtet sich nur gegen Urteile des Amtsgerichtes. Die Appellation beschäftigt sich mit der die Hauptsache betreffenden Rechtsfrage, sie richtet sich also gegen den Inhalt und nicht gegen die Form des Urteils oder gegen das vorausgehende Verfahren.

Die Kassation oder Nichtigkeitsbeschwerde ist das Rechtsmittel, durch welches eine Partei das Obergericht anruft, um ein Urteil

---

[1]) Streitgenossen oder am Fall Interessierte können jedoch keinen Anschlussrekurs geltend machen, da dieser dem luzernischen Recht unbekannt ist. (M IV 583, M V 99).

[2]) Vergl. dazu § 11 nachstehend.

[3]) Nach obergerichtlicher Praxis ist zwischen Urteil, im Sinne des Endurteils und Entscheid zu unterscheiden. Vergl. die Ausführungen darüber in § 11.

als nichtig zu erklären, indem sie behauptet, dass es an einem der im Gesetz genannten Kassationsgründe leide [1]) (§§ 258 und 259 ZPO). Sie will damit die Aufhebung eines Endurteils bewirken, ohne gleichzeitig ein neues Urteil von der kassierenden Instanz zu erstreben.

Die Kassation ist gegen Urteile des Friedensrichters, des Gerichtspräsidenten, gegen die inappellablen Urteile des Amtsgerichtes und gegen Urteile des Obergerichtes, soweit diese nicht durch Berufung oder zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden können, und der staatsrechtliche Rekurs nicht ergriffen wird.

Im Verhältnis zur Appellation ist die Kassation nur subsidiär gegeben.

Die Revision ist gegen ein rechtskräftiges Urteil gerichtet und muss sich auf relevante Nova beziehen. Ihr Zweck ist nicht Aufhebung, sondern Aenderung eines Urteils. Die Gründe für die Revision sind im Gesetz — wie beim Rekurs und bei der Kassation — erschöpfend aufgezählt (§§ 266/68 ZPO).

Die Revision richtet sich gegen Urteile des Friedensrichters, Gerichtspräsidenten, Amtsgerichtes, Obergerichtes und des Gewerbegerichtes.

Während beim Rekurs, bei der Appellation und Kassation ein Fehler des Gerichtes behauptet wird, werden mit der Revision Fälschung der Beweismittel oder Nova geltend gemacht.

Als letztes Rechtsmittel ist noch die Beschwerde zu erwähnen. Diese ist nach § 282 ZPO das «Rechtsmittel», das eine Partei «wegen verweigerter oder verzögerter Rechtshilfe, wegen rechtswidriger Begünstigung oder ungebührlicher Behandlung von Seiten einer untergerichtlichen Behörde oder eines Beamten beim Obergericht» einlegt [2]).

Die Beschwerde richtet sich gegen den Friedensrichter, Gerichtspräsidenten, das Amtsgericht oder gegen das Gewerbegericht. Die Beschwerde ist ausschliesslich subsidiärer Natur und kommt nur dann in Frage, wenn alle übrigen Rechtsmittel ausscheiden [3]).

---

[1]) Blum, Kassation, S. 17.
[2]) M VII 41.
[3]) Laut obergerichtlicher Praxis.

Das Erläuterungsgesuch (§ 276 ZPO), das auch unter den Rechtsmitteln angeführt ist, besitzt trotzdem keine Rechtsmittelqualität. Es wird gestellt, um von der urteilenden Instanz Aufschluss über unklare Stellen im Urteil zu erhalten.

§ 9. Gegenüber den Rechtsmitteln des Bundeszivilprozesses.

Die Bundesverfassung überlässt die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtssprechung den Kantonen (Art. 64, Abs. 3 BV). Daneben besteht das Bundesgericht als eidgenössische Einrichtung (Art. 106 ff. BV). Aus diesen Tatsachen ergibt sich, dass das Zivilprozessverfahren in der Schweiz zum Teil in die Kompetenz der Kantone und zum Teil in diejenige des Bundes fällt.

a) Das Verhältnis des Rekurses zu dem ordentlichen Rechtsmittel der Berufung.

Die Berufung setzt nach Art. 56, 57 OG einen letztinstanzlich-kantonalen Hauptentscheid in Zivilsachen voraus. Sie ist eine revisio in iure und hat grundsätzlich nur die Prüfung der Rechtsfrage zur Folge. Neben einer gerechten Rechtsanwendung bezweckt sie die Wahrung der Rechtseinheit. Ihre Geltendmachung setzt eine Verletzung des Bundesrechts voraus. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird sie ausserdem von der Erreichung eines bestimmten Streitwertes abhängig gemacht [1]).

Die Berufung ist innerhalb 20 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an gerechnet zu erklären. Vor Ablauf dieser Frist tritt die Rechtskraft des Urteils nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch die Berufung gehemmt (Art. 65 OG).

Der Präsident des Bundesgerichtes prüft die Zulässigkeit der Berufung. Stellt sich die Berufung sofort als unzulässig heraus, so legt er die Akten dem Gerichte mit dem Antrage vor, auf dieselben nicht einzutreten (Art. 71 OG).

---

[1]) Caflisch, S. 39 und Weiss, die Berufung, S. 159 ff.

Das Bundesgericht prüft ferner von Amteswegen, ob die Berufung statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt wurde (Art. 79 OG).

Demgegenüber ist das Rechtsmittel des Rekurses in der luzernischen ZPO neben der Appellation das zweite ordentliche Rechtsmittel, das nur gegen Vor- oder Zwischenentscheide [1]) zulässig ist (§ 253 ZPO). Zudem ist der Rekurs nur gegen Erkenntnisse statthaft, gegen welche er in der luzernischen ZPO ausdrücklich als zulässig erklärt ist (§ 254 ZPO).

Die Frist, in welcher der Rekurs geltend zu machen ist, beträgt 10 Tage, gerechnet vom Tage an, an welchem den Parteien der motivierte Entscheid zugestellt wurde (§ 255 ZPO). Die Frist ist, gleich wie bei der Berufung, eine Notfrist, was bedeutet, dass nach Ablauf derselben die Einlegemöglichkeit für das Rechtsmittel als verwirkt gilt.

Die Ergreifung des Rekurses bewirkt gemäss obergerichtlicher Praxis Devolutiv- als auch Suspensiveffekt. Desgleichen tritt bei Ergreifung der Berufung gemäss Art. 68 OG Devolutiveffekt und nach Art. 65 OG Suspensiveffekt ein.

Gleichfalls unterliegt der Rekurs wie die Berufung einer Vorprüfung durch die obere Instanz (§ 256 ZPO und Art. 71 OG). Handelt es sich um einen Fall, dessen Weiterziehung sich aus formellrechtlichen Gründen als unzulässig erweist, so wird auf denselben nicht eingetreten (§ 256 ZPO und Art. 71 OG). Stellt sich derselbe als vollkommen unbegründet dar, so wird er nach luzernischer ZPO vom Obergericht abgewiesen (256 ZPO).

Handelt es sich bei der Berufung um einen Fall, der vom kantonalen Gericht ganz oder teilweise nach eidgenössischem Recht beurteilt wurde, obgleich ausschliesslich kantonales Recht zur Anwendung gelangen sollte, so hebt das Bundesgericht das kantonale Urteil auf und weist die Sache zur Neuentscheidung an das kantonale Gericht zurück (Art. 79 OG).

Die Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht knüpft sich an vier Voraussetzungen:

---

[1]) Gemäss obergerichtlicher Praxis wird in Luzern zwischen Urteil und Entscheid unterschieden. Dagegen bezeichnet das Bundesgericht alle seine Entscheidungen als Urteile, mag es sich um solche handeln oder nicht.

1. Es muss sich um eine Zivilstreitigkeit handeln.
2. Diese Zivilstreitigkeit muss auf Grund eidgenössischen Rechts oder von kantonalen Gerichten auf Grund dieses Rechts entschieden worden sein.
3. Die angefochtene Entscheidung muss sich als Haupturteil darstellen. (Solche Urteile, durch welche über den materiellen Anspruch entschieden wird.)
4. Die Streitsache muss einen bestimmten Streitwert erreichen oder aber zu bestimmten Rechtsstreitigkeiten gehören, bei denen die Berufungssumme nicht erforderlich ist [1]).

Da der Rekurs sich gegen einen Entscheid richtet, der zwar definitiv aber nicht über den materiellen Anspruch entscheidet (und zudem nur kantonales Recht betrifft), ist er mit dem Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht nicht weiterziehbar.

b) Das Verhältnis des Rekurses zu dem ordentlichen Rechtsmittel der zivilrechtlichen Beschwerde.

Die zivilrechtliche Beschwerde ist in den limitativ aufgezählten Fällen des Art. 86 OG ohne Rücksicht auf den Streitwert zugelassen. Dagegen sind die Fälle des Art. 87 OG mit der zivilrechtlichen Beschwerde nur dann weiterziehbar, insofern der letztinstanzlich kantonale Entscheid nicht der Berufung unterliegt. Die Beschwerde hemmt die Vollziehung des angefochtenen Entscheides nicht. Jedoch kann der Präsident des Bundesgerichtes die Vollziehung sistieren (Art. 89 OG). Sie richtet sich gegen letztinstanzlich kantonale Entscheidungen und zwar auch gegen solche, die der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit angehören. Diese Entscheidungen sind im Gesetz limitativ aufgezählt. Soweit das Gebiet der durch die zivilrechtliche Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen nicht genau umschrieben ist, kommt der Beschwerde gegenüber der Berufung die Bedeutung eines subsidiären Rechtsmittels zu (Art. 87 OG).

Die zivilrechtliche Beschwerde entspricht in ihrer Stellung unter den Rechtsmitteln des Bundeszivilprozesses der Kassationsbe-

---

[1]) Weiss, Berufung, S. 1, 34 ff.

schwerde in der luzernischen ZPO [1]). Aus diesem Grund ist der Rekurs mit der zivilrechtlichen Beschwerde nicht vergleichbar. Dagegen ist die Frage von Bedeutung, inwieweit Rekursentscheide mit der zivilrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht weiterziehbar sind.

Sowohl nach Art. 86 OG als auch nach Art. 87 OG ist die zivilrechtliche Beschwerde zulässig gegen letztinstanzlich kantonale Entscheide. Diese Voraussetzung trifft für den Rekursentscheid zu [2]).

Die in Art. 86 OG limitativ angeführten Fälle (mit kassatorischer Wirkung) stimmen mit den Rekursfällen der luzernischen ZPO nicht überein, daher können Rekursentscheide mit der zivilrechtlichen Beschwerde auf Grund von Art. 86 OG nicht weitergezogen werden.

Anders verhält es sich dagegen mit Art. 87 OG. Danach können letztinstanzlich kantonale Entscheide in Zivilsachen, sofern sie nicht mit der Berufung ans Bundesgericht weiterziehbar sind, mit der zivilrechtlichen Beschwerde weitergezogen werden:

1. wegen Anwendung kantonalen oder ausländischen anstatt eidgenössischen Rechts,
2. wegen Verletzung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter mit Ausnahme der Steitigkeiten zwischen Kantonen,
3. wegen Verletzung von Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen Rechts.

Da sich der Rekurs gegen einen letztinstanzlichen Entscheid richtet, ist es möglich, dass der Rekursentscheid, wenn er eine Gerichtsstandsbestimmung des eidg. Rechts verletzt, mit dem Rechtsmittel der zivilrechtlichen Beschwerde aus Art. 87, Ziff. 3 OG an das Bundesgericht weitergezogen werden kann [3]).

---

[1]) Vergl. Blum, S. 36.
[2]) Vergl. Fussnote in § 4, Abs. I, Anmerkung 2.
[3]) Von dieser Möglichkeit wurde aber bisher kein Gebrauch gemacht, da in praxi gegen den Rekursentscheid nur der staatsrechtliche Rekurs ergriffen wird.

c) Verhältnis des Rekurses zu dem ausserordentlichen Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses.

Der staatsrechtliche Rekurs ergänzt in mancher Hinsicht die Berufung und die zivilrechtliche Beschwerde. Erst wenn weder jenes noch dieses Rechtsmittel möglich ist, soll nach ihm gegriffen werden, darum wird er ein höchst subsidiäres Rechtsmittel genannt. Dieser Grundsatz gilt aber nur so weit er nicht durch das Gesetz (insbesondere Art. 182 OG) eingeschränkt ist. Sein Ziel ist die Aufhebung eines Entscheides, der wegen Verfassungswidrigkeit nichtig ist.

Die Bedingungen und Vorschriften über die Zulässigkeit des staatsrechtlichen Rekurses richten sich nach eidgenössischem Recht, welches verlangt, dass der kantonale Instanzenzug erschöpft sein müsse, bevor der staatsrechtliche Rekurs zulässig sei.

Das luzernische Rechtsmittel des Rekurses dient dazu — wie noch dargelegt wird — jene Fälle zu erfassen, die nicht mit den Rechtsmitteln der Appellation und der Kassation erfasst werden konnten. Der luzernische Rekurs hat also eine ähnliche Aufgabe, innerhalb der luzernischen Rechtsmittel zu erfüllen wie der staatsrechtliche Rekurs innerhalb der Bundesrechtspflege. Sonst aber sind beide Rechtsmittel von einander grundverschieden, weswegen sich eine weitere Gegenüberstellung erübrigt.

Die Weiterziehbarkeit des Rekurses mittels des staatsrechtlichen Rekurses ist zu bejahen. Sie erfolgt gestützt Art. 4 BV. Besonders häufig wird der staatsrechtliche Rekurs gegen armenrechtliche Rekursentscheide aus § 307 ZPO ergriffen.

§ 10. Gegenüber der deutschrechtlichen Berufung.

Im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie [1]) schreibt Mendelsohn-Bartholdy im Oktober 1914 über den luzernischen Zivilprozess bezüglich der Rechtsmittel: «Am schärfsten scheidet sich

[1]) Zitierte Zeitschrift, Bd. 8.

der Luzerner Prozess von unseren Verfahrensbegriffen im Rechtsmittelwesen. Hervorzuheben ist die eigentliche Scheidung dessen, was wir unter Berufung begreifen in den Rekurs und die Appellation» [1]).

Die Berufung ist nach der deutschen ZPO ein ordentliches Rechtsmittel. Es ist nur statthaft gegen Endurteile erster Instanz und gegen gewisse Vorentscheidungen. Sie kann von jemanden eingelegt werden, der nach Massgabe des anzufechtenden Urteils Partei der ersten Instanz ist.

Die Berufung muss begründet sein und muss in der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist eingelegt werden. Die Berufungsfrist ist eine Notfrist, welche nach Zustellung des Urteils einen Monat beträgt, spätestens aber nach Ablauf des fünften Monats bei der obern Instanz eingelegt sein muss. Eine Anschlussberufung kann stattfinden. Für diese gilt die gleiche Frist wie für die Berufung selbst.

Die rechtzeitige Einlegung bewirkt aber noch keinen Suspensiveffekt, welcher der Berufung von gesetzeswegen nicht zukommt. Dagegen verbindet sich mit der Berufung Devolutiveffekt.

Die Berufung wird, bevor sie dem Berufungsgericht zur Behandlung vorgelegt wird, auf ihre Zulässigkeit einer Vorprüfung unterzogen. Ist sie unzulässig, so wird sie abgewiesen, andernfalls wird vom Gericht darauf eingetreten [2]).

Die Berufung wird in der Vorentscheidung als unzulässig verworfen oder es wird im Falle der Zulässigkeit sachlich über ihre Begründetheit erkannt.

Insoweit das Berufungsgericht der Berufung stattgibt, hat es das angefochtene Urteil durch die sogenannte kassatorische Entscheidung aufzuheben, in der Regel aber damit das abändernde Urteil damit zu verbinden [3]).

Durch das Urteil der zweiten Instanz weist der Richter entweder die Berufung als unbegründet zurück, oder er ändert das angefochtene Urteil ab oder spricht auch nur dessen Aufhebung aus und verweist die Sache zur weiteren Behandlung an die erste Instanz

---

[1]) Hier sollen nur die grundsätzlichen Unterschiede aufgezeigt werden, eine ausführliche Betrachtung würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.
[2]) Die Parteien können bis zum Schluss des Verfahrens Nova vorbringen.
[3]) Rosenberg, Lehrbuch S. 427 ff.

zurück, wobei Zurückweisung der Berufung das Urteil der ersten Instanz bestätigt [1]).

Der Richter der unteren Instanz ist dann an die Weisung des Berufungsgerichts gebunden.

Wird der deutschrechtlichen Berufung der Luzerner Rekurs und die Appellation gegenübergestellt, so erweist es sich, dass beide Luzerner Rechtsmittel Elemente aus der Berufung enthalten.

Die Appellation sowie der Rekurs sind ordentliche Rechtsmittel [2]).

Während die Appellation nur gegen Endurteile eingelegt werden kann (§ 244 ZPO) [3]), ist der Rekurs nur gegen Vor- oder Zwischenentscheide und nur in bestimmten vom Gesetz aufgeführten Fällen gegeben (§§ 253 und 254 ZPO).

Bei Einlegung der Appellation braucht man keine speziellen Gründe nachzuweisen, dagegen aber beim Rekurs.

Bei der Appellation ist die Frist von 20 Tagen eine Notfrist (§ 254 ZPO), das gleiche gilt auch für den Rekurs, für dessen Ergreifung vom Gesetz eine 10tägige Frist angesetzt ist (§ 255 ZPO).

Wie bei der deutschen Berufung eine Anschlussberufung möglich ist, so ist auch bei der Appellation eine Anschlussappellation möglich. Dagegen ist der luzernischen ZPO ein Anschlussrekurs unbekannt [4]).

Der Appellation kommt sowohl Devolutiv- als auch Suspensiveffekt zu. Das gleiche gilt auch nach obergerichtlicher Praxis für den Rekurs.

Wenn eine Partei Appellation einlegt, so wird dieselbe vom Obergericht behandelt. Wird die Appellation verspätet eingereicht oder sind andere formelle Voraussetzungen nicht gegeben (z. B. die Apellationssumme nicht erreicht), so erfolgt Nichteintretensentscheid ohne Parteiverhandlung.

Anders verhält es sich mit dem Rekurs. Dieser wird, bevor ein endgültiger Entscheid gefällt wird, einer Vorprüfung unterzogen (§ 256 ZPO).

---

[1]) Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechtes, S. 834.
[2]) Siehe die Ausführungen dazu in § 10.
[3]) Vergl. im Folgenden die Ausführungen mit jenen über die Berufung.
[4]) M IV 583, M V 99.

Das Appellationsurteil bildet den Abschluss der Appellationsverhandlung. Das Obergericht kann die Appellation abschreiben, was der Fall ist, wenn der Appellant die Appellation zurückzieht. Eine Abschreibung findet auch dann statt, wenn eine der Parteien den Prozessabstand erklärt. Wird die Appellation vom Obergericht als unzulässig erklärt, so wird auf sie nicht eingetreten. Ferner muss die Appellation bei Verspätung der Appellationsfrist als verwirkt erklärt werden.

Neben diesen Möglichkeiten steht es dem Obergericht auch zu, den Fall nach einem Zwischenentscheid zur Neubeurteilung an die untere Instanz zurückzuweisen [1]), wobei der Zwischenentscheid im allgemeinen für die untere Instanz bindend ist.

Der Rekurs kann nach Vorprüfung vom Obergericht als nicht zulässig abgewiesen werden, was der Fall ist, wenn die formellen Voraussetzungen fehlen (§ 256 ZPO). Wird er als zulässig erkannt, so tritt das Obergericht auf ihn ein (§ 257 ZPO). Es kann nach Vernehmen der Gegenpartei auf Grund der Aktenlage über das Anbringen des Rekurrenten entscheiden und den Rekurs ganz oder teilweise als begründet erklären.

Ist die Frist verwirkt, so muss Nichteintreten beschlossen werden [2]).

Aus der Gegenüberstellung der deutschrechtlichen Berufung zu den luzernischen Rechtsmitteln der Appellation und des Rekurses geht hervor, dass sich die luzernische ZPO die gemeinrechtliche Doktrin in weitem Umfange zu Nutze gemacht hat. Allerdings nicht so radikal, dass sie unter Preisgabe ihres alten Rechtes ein ganz neues Rechtsmittelsystem geschaffen hat, sondern vielmehr in der Form, dass sie das alt hergebrachte Verfahren, soweit es ohne Preisgabe der alten Grundlage möglich war, weiter entwickelt und ausgebaut hat [3]).

---

[1]) Vergl. darüber Erlanger in § 13.
[2]) Eine Zurückweisung des rekurrablen Falles an die untere Instanz ist ausgeschlossen.
[3]) Heusler, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, S. 38.

SPEZIELLER TEIL

IV. Begriff und Voraussetzungen des Rekurses.

§ 11. Der Begriff des Rekurses.

In § 253 ZPO ist der Rekurs definiert als das Rechtsmittel, durch welches eine Partei beim Obergericht die Abänderung von Erkenntnissen und Verfügungen des Gerichtspräsidenten und von erstinstanzlichen Erkenntnissen über Vorfragen nachsucht.

Das Rechtsmittel des Rekurses dient in der Luzernischen ZPO dazu, um die vom Gesetz besonders bezeichneten Fälle (§ 254 ZPO) anzufechten, bei denen es sich um erstinstanzliche Vor- oder Zwischenentscheide handelt [1]).

Das Gericht erster Instanz fällt in jenen Fällen einen Entscheid, für welche das Gesetz einen solchen ausdrücklich vorsieht (Rekursfälle). Wurde derselbe gefällt bevor auf die Prozesshauptsache vom Gericht eingetreten wurde, so wird von einem Vorentscheid gesprochen [2]); wurde er aber während der Behandlung der Prozesshauptsache gefällt, so wird von einem Zwischenentscheid gesprochen [3]).

Durch einen Entscheid kann eine Prozeßsache endgültig beurteilt worden sein; geht er jedoch einem Endurteil voraus, so handelt es sich um Vorfragen im Sinne von § 253 ZPO.

Die Entscheide werden in erster Instanz vom Friedensrichter oder vom Gerichtspräsidenten oder vom Amtsgericht (§ 17 ZPO)

---

[1]) Nach Gerichtsorganisation § 5, Abs. 3, Ziff b ist der Rekurs auch gegen Erkenntnisse der Kriminal- und Anklagekommission nach den Bestimmungen des Strafrechtsverfahrens zulässig.

[2]) Dies ist der Fall der ordentlichen bzw. sachlichen Zuständigkeit §§ 17 und 52 ZPO).

[3]) So z. B. im Vaterschaftsprozess nach § 206 ZPO.

gefällt. Gegen die rekursfähigen Entscheide im Sinne von § 254 ZPO kann die Partei Rekurs ergreifen und dadurch die Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides beim Obergericht begehren (§ 253 ZPO).

Damit eine Partei das Rechtsmittel des Rekurses ergreifen kann, muss der richterliche Entscheid der Rechtskraft fähig sein. Voraussetzung dazu ist, dass er noch nicht formell rechtskräftig geworden ist. Erkenntnisse und Verfügungen erwachsen in jenem Moment in Rechtskraft, in dem die Frist für die Erhebung des Rekurses unbenützt abgelaufen ist [1]).

Nach Gerichtsorganisation § 5, Abs. 3 in Verbindung mit § 11, Abs. 1 ZPO ist der Rekurs nur gegen Entscheide zulässig. Diese betreffen Erkenntnisse und Verfügungen im Sinne des § 253 ZPO.

Nach Gesetz und Praxis des luzernischen Zivilprozessrechtes richtet sich das Rechtsmittel des Rekurses gegen Entscheide [2]), während die Rechtsmittel der Appellation, Kassation und Revision gegen Urteile gerichtet sind.

Im luzernischen Zivilprozessrecht wird zwischen Entscheid und Urteil unterschieden [3]).

Um den Entscheid begrifflich zu umschreiben, ist von der Begriffsbestimmung des Urteils auszugehen, denn das Obergericht hat nur den Begriff des Urteils, nicht aber jenen des Entscheides definiert [4]).

---

[1]) Es wird unterschieden zwischen formeller und materieller Rechtskraft. Die formelle Rechtskraft ist Vollstreckungsvoraussetzung, während die materielle sich prozessual vor allem in einem eventuellen späteren Prozesse in Form der exeptio rei iudicatae auswirkt.

[2]) Das Rechtsmittel der Beschwerde richtet sich gegen Entscheide, die administrativer Natur sind. Daher sind die Ausführungen über den Entscheid für die Beschwerde in gleicher Weise anwendbar.

[3]) Nach bundesgerichtlicher Praxis kommt es für die Berufungsfähigkeit nicht darauf an, wie der angefochtene Entscheid nach kantonalem ZPR benannt ist: Ein Entscheid — von der letzten kantonalen Instanz gefällt — ist Haupturteil im Sinne von Art. 58 OG, wenn dadurch über den materiellen Anspruch endgültig entschieden wurde. (BGE 27 II 127) Weiss, Berufung, S. 34 f.

[4]) In den §§ 229—240 befasst sich die ZPO mit dem Urteil: Vor Erlass des Urteils hat das Gericht den oder die zu beurteilenden Streitpunkte in eine Rechtsfrage zu fassen. Diese wird den Parteien vorgelegt, die sich dazu äussern können. Danach entscheidet das Gericht nochmals, ob an der Rechtsfrage festzuhalten oder diese abzuändern sei.
Ueber die Fällung des Urteils sagt die ZPO: das Gericht soll sich mit den zu beurteilenden Tatsachen aus den Verhandlungen und den Akten bekannt machen, das Recht aber aus dem Gesetz schöpfen.

Unter Urteilen versteht die luzernische ZPO nur Zivilurteile, d. h. solche, die einen Streit nach Zivilrecht entscheiden [1]).

In der Doktrin unterscheiden wir End- und Zwischenurteile. Endurteil ist ein Urteil, das den Rechtsstreit abschliessend entscheidet [2]). Dem Endurteil ist das Teilurteil ähnlich; es behandelt nur einen Teil der im Rechtsstreit erhobenen Ansprüche [3]).

Zwischenurteil ist dagegen ein Urteil, das bloss eine Vorfrage entscheidet und so ein Endurteil vorbereitet. Zwischenurteile können nach ZPO [4]) nur in Verbindung mit dem späteren Endurteil durch Rechtsmittel angefochten werden [5]).

Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung. Sodann tritt das Gericht zur Fällung des Urteils zusammen.

Zur Ausfällung eines gültigen Urteils ist die absolute Mehrheit der Stimme der anwesenden Richter erforderlich. Der Präsident übt das Stimmrecht nur aus, wenn die Stimmen der Richter in zwei gleiche Teile geteilt sind. In diesem Falle entscheidet derselbe durch Anschluss an eine der beiden Meinungen. Sobald das Urteil gefällt ist, soll es den Parteien, falls sie anwesend sind, durch den Präsidenten eröffnet werden. Sind die Parteien aber vorher entlassen worden, so ist ihnen das Urteil im Dispositiv sofort schriftlich zuzustellen. Ueber die Form des Urteils ist gesagt: Das schriftliche Urteil soll enthalten: Die Namen der urteilenden Richter, die genaue Bezeichnung der Parteien, die Rechtsfrage, eine gedrängte Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse, die Motive und das Dispositiv. Urteile, gegen welche in gesetzlicher Frist weder das Rechtsmittel der Appellation noch der Kassation ergriffen wird, erwachsen in Rechtskraft. Vergleiche dazu § 15 nachstehend über die Rekursfrist.

[1]) Eine andere Difinition hat das Bundesgericht für das Urteil im Sinne des BZP aufgestellt: «Das Urteil ist ein autoritativer Akt der Staatsgewalt, mit dem diese die Anwendung des objektiven Rechts auf den konkreten Fall durchsetzt, es beruht auf einer allseitigen Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht, gemäss den verfahrensrechtlichen Vorschriften» (BGE II 56). Den Gegensatz zum Urteil bildet die prozessleitende Verfügung. Sie betrifft die Prozessleitung, d. h. die Fürsorge für den äusseren Vorgang, gesetzmässigen Verlauf, zweckmässigen, schleunigen Gang des Verfahrens. Sie ist im Urteilsverfahren verbunden mit erschöpfender Verhandlung des Rechtsstreites.

[2]) Als End- oder Haupturteile hat das Bundesgericht in BGE 54 II 470 jene definiert, durch welche über die im Prozesse geltend gemachten zivilrechtlichen Ansprüche definitiv entschieden wird.

[3]) Ein Endurteil im Sinne von einem Urteil, das einen Prozess nur teilweise beendet, ist der ZPO unbekannt. M VII 266.

[4]) Wie dies auch nach der Zivilprozessordnung anderer Kantone möglich ist.

[5]) Vor- oder Zwischenentscheide sind demnach nicht mit Zwischenurteilen zu verwechseln, da gegen genannte Entscheide der Rekurs als besonderes Rechtsmittel statthaft ist.

Der Begriff des Urteils wurde vor allem durch die Praxis festgelegt, was vornehmlich in Verbindung mit der Einlegung von Rechtsmitteln geschah.

Bei der begrifflichen Bestimmung des Urteils ist zwischen Form und Inhalt desselben zu unterscheiden, da sowohl das Gesetz als auch die Praxis für das Urteil der einzelnen Rechtsmittel verschiedene formelle und materielle Erfordernisse verlangen.

Für das appellable Urteil folgt nach § 243 ZPO, dass es sich um einen selbständigen der Rechtskraft fähigen Entscheid des Amtsgerichtes in solchen Zivilstreitigkeiten handeln muss, deren Streitgegenstand grösser als Fr. 800.— ist [1]).

Gemäss § 243 ZPO handelt es sich bei der Appellation um Endurteile, da sie den Streit wegen ihrer Fähigkeit zur Rechtskraft abschliessend entscheiden, insofern nicht ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt worden wäre [2]).

Das kassationsfähige Urteil muss nicht nur in Rechtskraft erwachsen sein (§ 258 ZPO), sondern es wird auch noch der Erlass auf Grund einer mündlichen kontradiktorischen Verhandlung verlangt (MV 338).

Für das revisionsfähige Urteil wird nach § 266 ZPO verlangt, dass es sich um ein in Rechtskraft erwachsenes Urteil im Sinne eines Endurteils handeln muss, in dem ein Rechtsstreit endgültig beurteilt wurde.

Die formellen Erfordernisse für die Urteile der einzelnen Rechtsmittel sind nach dem Gesagten verschieden. Anders verhält es sich jedoch mit dem materiellen Erfordernis: Gemäss obergerichtlicher Praxis versteht man unter Urteil, insofern es sich um ein Endurteil handelt, die Fähigkeit, dass der darin behandelte materielle Anspruch definitiv und endgültig erledigt wurde (M VII 167).

Was für formelle und materielle Erfordernisse für einen Ent-

---

[1] Gerichtsorganisation § 5 erwähnt ausserdem «die durch das Gesetz für appellable erklärten» Entscheide. Nach der augenblicklichen Gesetzgebung sind dies die Urteile der Schatzungskommission. Vergl. dazu Baugesetz für die Stadt Luzern vom 26. November 1913, Art. 68.

[2]) Wenn dagegen in § 126 ZPO von einem «Urteil» die Rede ist, das gefällt wird, wenn eine nichteinlässliche Antwort sich auf zerstörliche Einreden stützt, so ist darunter ein Zwischenurteil zu verstehen. Wird die zerstörliche Einrede beschützt, so liegt auch materiell ein Urteil vor. Bei Abweisung der Einrede ist allerdings nach Gesetzestext und Praxis nur formell ein Endurteil gegeben.

scheid nötig sind, damit er als solcher definiert werden kann, hat das Obergericht bisher nicht gesagt. Daher muss gemäss obergerichtlicher Auffassung jede gerichtliche Entscheidung, die nicht als Urteil [1]) klassifiziert werden kann, als Entscheid betrachtet werden [2]).

Wird jedoch in einem Entscheid der materielle Anspruch endgültig erledigt, so wird er in seinen Wirkungen einem Urteil gleichgestellt (M VII 167).

Entscheide sind formell-selbständig rechtsfähig und können mit einem andern kantonalen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden. Zudem besteht in Luzern die Praxis, dass kantonale Rechtsmittel nicht sukzessiv eingelegt werden dürfen [3]).

§ 12. Die Voraussetzungen zum Rekurs.

Unter Prozessvoraussetzungen versteht man alle jenen formalen Eigenschaften, die der Prozess besitzen muss, damit das angegangene Gericht zu einem Urteil in der Sache selbst gelangen kann [4]).

Begriff und Ausdruck von den Prozessvoraussetzungen wurden von Bülow in die moderne Prozesslehre eingeführt [5]).

Die Lehre von den Prozessvoraussetzungen geht bis ins klassisch-römische Recht zurück. In diesem unterschied man das Verfahren in iure vor dem Prätor und das in iudicio vor dem iudex. Der Prätor hatte mit der Rechtsprechung im eigentlichen Sinn, d. h. mit der cognitio und der Entscheidung der Streitsache nichts zu tun, aber er hatte zu prüfen, ob die vor ihn gebrachte Streitsache zu einer

---

[1]) Gemeint ist ein Endurteil.
[2]) Die luzernische ZPO ist begrifflich nicht konsequent ausgearbeitet, daher sind die Ausdrücke Vor- und Zwischenentscheid dem Entscheid gleichzusetzen. Auch die Worte Erkenntnis und Verfügung, wie sie in § 253 ZPO enthalten sind, lassen sich begrifflich voneinander nicht trennen. Beide sind der Kategorie der Entscheide einzuordnen, wie eingangs dargelegt wurde.
[3]) Doch ist es möglich, dass gleichzeitig mehrere Rechtsmittel eingelegt werden (M VII 23).
[4]) Matti, Streitgenossenschaft, S. 65.
[5]) Bülow, Von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen.

cognitio geeignet sei, mit anderen Worten, ob die Voraussetzungen dazu vorhanden seien. Fand er hierin einen Mangel, so konstituierte er das iudicium nicht, sondern wies durch absolutio ab instantia die Klage zurück. Erst wenn kein Mangel vorhanden oder dieser behoben war, konstituierte er durch die litis contestatio und die editio formulae nebst Ernennung des iudex das iudicium, das Prozessverhältnis und damit die dem iudex übergebene Untersuchung und Entscheidung des Streitfalles [1]).

Danach zerfiel der klassisch-römische Prozess in zwei Abschnitte. Einmal in jenen, in dem alle Voraussetzungen der actio geprüft wurden und sodann in jenen, der die Verhandlungen des Streitverhältnisses zum Gegenstand hatte. Dieser letztere war allerdings erst möglich, wenn alle Voraussetzungen vorhanden waren.

Gemäss dieser Lehre sind die Prozessvoraussetzungen in der modernen ZPO die Kriterien, an denen aus Gründen der Prozessökonomie gemessen wird, ob eine Streitfrage behandelt werden soll oder nicht. Die Prüfung darüber findet aber grundsätzlich in der gleichen Instanz statt [2]).

In der luzernischen ZPO finden wir keine abschliessende Aufzählung der Prozessvoraussetzungen wie sie z.B. in der zürcher ZPO § 129 und in der bernischen ZPO Art. 192 enthalten sind. Diejenigen Prozessvoraussetzungen, die in der luzernischen ZPO von Bedeutung sind, sind in den Paragraphen über die Einreden enthalten [3]).

Vor allem ist aus der luzernischen ZPO nicht besonders ersichtlich, welche Voraussetzungen das Gericht von Amteswegen und welche auf Parteiantrag zu prüfen sind [4]).

---

[1]) Heusler, ZSR, N. F. 41, S. 280.

[2]) Wird ein Fall wegen fehlenden Voraussetzungen zurückgewiesen, so wird die sachliche Frage erst nach Behebung des formellen Mangels oder überhaupt nicht behandelt.

[3]) Vergl. ZPO §§ 10 ff, 56, 113 ff, 126.

[4]) Von Amteswegen prüfen die luzernischen Gerichte die prozessuale Zulässigkeit der Klageerhebung und der Widerklage, der Litispendenz, das Einhalten der Fristen als auch das Vorliegen einer Klageänderung (MVII 157 und MVII 335). Ferner prüfen die luzernischen Gerichte von Amteswegen ihre sachliche Zuständigkeit sowie Prozess- und Parteifähigkeit aller Beteiligten. Die örtliche Zuständigkeit prüft das Gericht sofort bei Prozessbeginn, spätestens nach Abschluss des Rechtschriftenwechsels (MVII 87). Wenn es seine örtliche Unzuständigkeit erst im Laufe des Verfahrens entdeckt, so kann es nicht mehr von sich aus seine Inkompetenz erklären (MII 384).

In jenen Fällen, in denen eine Prozessvoraussetzung nicht zu prüfen ist, wird das Unterlassen einer Einrede einem Verzicht auf dieselbe gleichgestellt, während wenn die Einrede erhoben worden ist, die Zuständigkeit des Gerichtes zur Ueberprüfung der betreffenden Frage erst begründet wird [1]).

Wenn über das Vorhandensein einer Prozessvoraussetzung von Amteswegen zu entscheiden ist, kommt einer diesbezüglichen Einrede rechtlich nur die Bedeutung einer Anregung zu. Wenn jedoch die Prozessvoraussetzungen fehlen, die von Amteswegen zu prüfen sind, wird kein Sachurteil gefällt. Ein Recht zur Geltendmachung der mangelnden Prozessvoraussetzungen steht nach ZPO den Parteien als auch dem Richter zu. Dieses Recht wird in Form der verzögerlichen und zerstörlichen Einreden in der einlässlichen und nichteinlässlichen Antwort ausgeübt [2]). Die Behandlung dieser Einreden erfährt entsprechend der Natur der Sache in der ZPO keine einheitliche Regelung [3]). Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen sollen auf Einrede hin oder auch von Amteswegen in der ersten Instanz behandelt werden und sollen nur ausnahmsweise erst vor der zweiten Instanz zur Sprache kommen. Für das Rechtsmittel des Rekurses bestehen ausserdem noch besondere Voraussetzungen, die von der zweiten Instanz behandelt werden.

Beim Fehlen der Rekursvoraussetzungen wird auf die materielle Frage der Beschwerde nicht eingetreten. Wird dagegen auf die materielle Frage eingetreten, so kann der Entscheid entweder ganz oder teilweise als begründet erklärt werden.

§ 13. Die Rekursfälle.

Ueber die Voraussetzung zum Rekurs heisst es in § 254, Abs. 1 ZPO: «Der Rekurs ist nur statthaft gegen solche Erkenntnisse, gegen welche er in diesem Gesetz ausdrücklich als zulässig erklärt wird.»

---

[1]) M VII 273.
[2]) Vergl. diesbezüglich die «Wegleitung» des Obergerichts M VIII 201, in welcher die Frage behandelt wird, wann die Geltendmachung der verzögerlichen und zerstörlichen Einreden stattfinden soll.
[3]) Vergl. §§ 115 und 126 ZPO.

Im folgenden werden die in der ZPO limitativ aufgezählten Rekursfälle behandelt.

1. Rekursfall aus § 17 ZPO.

Im 1. Teil, 1. Titel behandelt die ZPO die sachliche Zuständigkeit. Gegen die Kompetenzerkenntnisse des Friedensrichters, Gerichtspräsidenten und des Amtsgerichtes ist der Rekurs zugelassen (§ 17, ZPO) [1]).

Damit der Friedensrichter einen Entscheid über seine sachliche Zuständigkeit [2]) fällen kann, darf die zu beurteilende Zivilstreitigkeit den Wert von Fr. 50.— nicht übersteigen (§ 2 ZPO). Werden von den Parteien allfällige Kompetenzeinreden geltend gemacht, so ist der Friedensrichter verpflichtet, auf diese vor Behandlung des Falles einzutreten (M IV 775).

Der Gerichtspräsident dagegen behandelt alle Zivilstreitigkeiten von Fr. 50.— aufwärts bis zu einem Streitwert von Fr. 400.— (§ 3 ZPO).

Das Amtsgericht dagegen ist zuständig in allen bürgerlichen Rechtsfällen, welche den Wert von Fr. 400.— übersteigen und zwar letztinstanzlich bis auf den Wert von Fr. 800.— und erstinstanzlich wenn der Streitgegenstand den Wert von Fr. 800.— übersteigt oder in Geld nicht ausgemittelt werden kann (§ 6 ZPO) [3]).

---

[1]) Vergl. M I 605, IV 584, 651, V 87.

[2]) Gemäss §§ 86, 87, Einführungsgesetz zum ZGB hat auf Begehren eines Grundeigentümers die Feststellung der nachbarlichen Grenzen unter Mitwirkung des Friedensrichters zu erfolgen. Hat der Friedensrichter den Grenzbeschrieb angefertigt, so kann der Entscheid innerhalb der gesetzlichen Frist von 20 Tagen an den ordentlichen Richter weitergezogen werden. Lehnt der Friedensrichter die Einleitung des Verfahrens überhaupt ab, obschon die Voraussetzungen für dasselbe gegeben wären, so kann nicht gestützt auf § 17 ZPO der Rekurs ergriffen werden, sondern nur die Beschwerde nach § 282 ZPO. Somit betreffen die Kompetenzerkenntnisse des Friedensrichters nicht immer nur die sachliche Zuständigkeit, sondern es kann sich auch um solche der Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung, ungebührlichen Behandlung oder rechtswidrigen Begünstigung handeln.

[3]) Das Amtsgericht ist auch zuständig für die im schw. ZGB dem Richter zugewiesenen Verrichtungen, für die nicht der Gerichtspräsident als zuständig erklärt ist (§ 6, Abs. 2). Als einzige kantonale Instanz ist es für diejenigen Fälle zuständig, für welche in Bundesgesetzen eine einzige kantonale Instanz vorgeschrieben ist (§ 6, Abs. 3, ZPO). Vergl. dazu i. S. Ehescheidungen M VI 233, 259, 391; über die Zulässigkeit des Rekurses in Besitzesschutzverfahren. M VI 740, 784, M VIII 209, 233.

Lautet die Klage nicht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme, so hat der Kläger den Streitwert in der Klage anzugeben, oder er muss erklären, welches Gericht er letztinstanzlich als zuständig betrachtet (§ 9 ZPO). Bestreitet der Beklagte in der Antwort die klägerische Wertangabe, so hat er ebenfalls eine solche zu machen (§ 10 ZPO).

Unterliegt der Streitgegenstand seiner Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung, so wird angenommen, dass der Streitwert Fr. 800.— übersteige.

Einen Entscheid soll das Gericht nur dann fällen, wenn seine eigene Kompetenz [1]) bestritten wird [2]). Bei diesem Entscheid hat der Richter den Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen zu würdigen, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen (§ 11 ZPO).

Für die rekurrablen Fälle aus § 17 ZPO ist, wenn es sich um Kompetenzerkenntnisse des Friedensrichters oder Gerichtspräsidenten handelt, die Justizkommission zuständig (§ 16, Ziff. 2 GO) [3]).

Handelt sich dagegen um den Entscheid eines Amtsgerichtes, so ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts zuständig (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO) [4]).

2. Rekursfall aus § 52 ZPO.

Wird die Zuständigkeit eines Gerichtes angefochten, oder erheben sich im Schosse desselben Zweifel, so entscheidet das Gericht

---

[1]) Die Anfechtung der Kompetenz des Gerichtes mag sich dabei von der beklagten Partei gegen die Klage oder auch von der Klägerseite gegen die Widerklage richten.

[2]) Mehrere in einer Klage, sei es von einem Kläger, sei es von Streitgenossen geltend gemachte Ansprüche werden, auch wenn sie nicht den gleichen Gegenstand betreffen, zusammengerechnet, soweit sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Der Betrag einer Widerklage wird nicht mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet. Wenn die in Haupt- und Widerklage geltend gemachten Ansprüche einander ausschliessen, so richtet sich die Zuständigkeit bezüglich beider Klagen nach der höheren Klageforderung. Fällt die Hauptklage in die Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten, so ist eine über die Kompetenz hinausgehende Widerklage unstatthaft, das gleiche ist mit Gegenansprüchen der Fall (§ 12 ZPO).

[3]) Geschäftsordnung für das Obergericht vom 15. Mai 1937.

[4]) Abänderungsgesetz betreffend der teilweisen Abänderung der Geschäftsordnung des Obergerichtes vom 27. Januar 1937 in Gesetzessammlung XII Band, 2. Heft (Zitiert: AGO).

darüber. Das Erkenntnis unterliegt dem Rekurs, falls der Entscheid in einer Vorfrage gefällt wird.

Im I. Titel der ZPO ist von der sachlichen Zuständigkeit die Rede, im II. Titel wird die örtliche Zuständigkeit behandelt. Demnach ist der Rekurs aus § 52 ZPO zulässig gegen Entscheide, in denen über die örtliche Zuständigkeit gemäss §§ 35—51 ZPO geurteilt wurde.

Das Gericht fällt einen Entscheid, weil die Parteien

a) seine örtliche Zuständigkeit bestritten oder

b) weil der Friedensrichter, Gerichtspräsident oder das Amtsgericht von sich aus über ihre örtliche Zuständigkeit in einem Entscheid befanden.

Diese letztgenannte Kompetenz räumt § 52 ZPO jedem Gericht ohne Unterschied ein [1]). In M VIII 25 beschränkt das Obergericht jedoch die Befugnis des Friedensrichters, die Frage seiner örtlichen Zuständigkeit zum Gegenstand eines Entscheides zu machen. Danach kommt dem Friedensrichter grundsätzlich die Berechtigung zu, von sich aus zu prüfen, ob er örtlich zuständig sei. Sofern er aber als Versöhnungsrichter zu amten hat, soll er seine örtliche Zuständigkeit nur im Falle offensichtlicher Unzuständigkeit verneinen. Auch darf durch einen solchen negativen Kompetenzentscheid dem Kläger die Verfolgung seiner Ansprüche vor dem nach seiner Ansicht zuständigen ordentlichen Richter nicht verunmöglicht werden.

Gemäss der Wegleitung in M VIII 201, Abs. II, Ziff. 1 b und c muss die von der Partei erhobene Einrede mangelnder Kompetenz des Gerichtes einer Vorprüfung seitens des angegangenen Gerichts unterzogen werden.

Kommt das Gericht dabei zum Ergebnis, die formelle Einrede sei unbegründet, so kann es einen Vor- oder Zwischenentscheid nach § 115, Abs. 4 und § 127 ZPO fällen, damit die Parteien allenfalls den Entscheid auf dem Rekursweg nach §§ 17 oder 52 ZPO weiterziehen können.

In allen übrigen Fällen wird es regelmässig vorzuziehen sein,

---

[1]) Entscheidet das Gericht von sich aus über seine örtliche Zuständigkeit, so ist es jedoch verpflichtet, dies gleich zu Prozessbeginn zu tuen. M VII 87.

wenn von der in § 115, Abs. 4 ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht und über die Einrede erst im Endurteil befunden wird [1]).

Der Entscheid über die örtliche Zuständigkeit muss vom erstinstanzlichen Gericht als Vorfrage im Sinne von § 253 ZPO gefällt worden sein, damit der Rekurs aus § 52 ZPO zulässig ist. Wurde die örtliche Zuständigkeit erst im Endurteil behandelt, so ist gegen die Kompetenzfrage nur die Appellation oder die Kassation statthaft.

Auch im beschleunigten Verfahren darf das Gericht auf die Einrede der mangelnden Kompetenz über seine örtliche Zuständigkeit entscheiden (M VII 572).

Rekursinstanz ist bei Entscheiden des Friedensrichters und Gerichtspräsidenten die Justizkommission. (§ 16, Ziff. 2 GO) [2]). Bei Entscheiden desAmtsgerichtes ist die erste oder die zweite Kammer des Obergerichts zuständig (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO) [3]).

3. Der Rekursfall aus § 127 ZPO.

Antworten mit verzögerlichen Einreden [4]) werden vom Gerichts-

---

[1]) Bezüglich § 51 ZPO (vertraglicher Gerichtsstand) darf der Richter seine örtliche Kompetenz verneinen, insofern es sich um den Gerichtsstand der Einlassung oder der Prorogation handelt, vorausgesetzt dass stichhaltige Gründe eine solche Entscheidung rechtfertigen. Der verfassungsmässige Richter dagegen ist nicht befugt, gestützt auf § 51 ZPO seine Zuständigkeit zu verneinen. M VIII 570.
Nach luzernischer Praxis erlangt ein bei Anhängigmachung des Prozesses unzuständiges Gericht noch nicht die örtliche Zuständigkeit dadurch, dass der Beklagte im Laufe des Verfahrens seinen Wohnsitz in das Gebiet des angerufenen Gerichtes verlegt. M VIII 669. In einem weiteren Entscheid entschied das Obergericht, dass die örtliche Zuständigkeit für das Hauptbegehren nicht durch Nebenbegehren begründet wird. M VIII 670.

[2]) Geschäftsordnung für das Obergericht vom 15. Mai 1913.

[3]) Abänderungsgesetz betr. Geschäftsordnung für das Obergericht vom 27. Jan. 1937 in Gesetzessammlung XII Band, 2. Heft.

[4]) Bei nichteinlässlichen Antworten mit verzögerlichen Einreden, vergl. § 115 ZPO. Das luzernische ZPO kennt als verzögerliche Einreden hinsichtlich der Parteien: Die Einreden der mangelnden Gerichtsstandfähigkeit, der mangelnden oder ungenügenden Vertretung, der mangelnden Legitimation, Einreden der mehreren Streitgenossen usw. Bezüglich der Klage: Einreden aus Mängel der Klage, so z. B. Mangel des Gerichts, Verfahrens und der Klageschriften. Für die zerstörlichen Einreden vergl. § 114 ZPO. Eine Verbindung von zerstörlichen Einreden mit verzögerlichen ist unzulässig (M IV 874). Ueber die verzögerlichen und zerstörlichen Einreden vergl. M VII 572 und 240.

präsidenten ohne vorherige Parteiverhandlung [1]) dem Gerichte zum Entscheide vorgelegt. Gegen diesen Entscheid ist der Rekurs zulässig.

Das Rekursrecht aus § 127 ZPO besteht nur gegenüber Vorentscheiden über zulässige verzögerliche Einreden [2]) (M VIII 385 und 767), die vom Gericht vor Ansetzung der Parteiverhandlung erledigt worden sind (M VII 240).

Die Rekursfähigkeit nach § 127 ZPO bezieht sich auch auf Entscheide über die Widerklage, wobei dieselbe nicht gegen alle Vorkläger gerichtet sein muss, sondern nur gegen einen oder einzelne Vorkläger gehen kann (M VII 644). Eine Ausnahme von der Rekursfähigkeit bei verzögerlichen Einreden ist dann gegeben, wenn ein Entscheid über Mängel vorliegt, die in den einlässlichen Rechtsschriften gerügt worden sind und die den Fortgang der einlässlichen Verhandlung nicht hemmen (§ 127 ZPO).

Wird jedoch mit dem Entscheid ein Rückweisungs-, Verbesserungs- oder Ergänzungsverfahren angeordnet, so wird dadurch eine Verzögerung des einlässlichen Verfahrens bewirkt, die ihrerseits den Rekurs zulässig macht.

Rekursinstanz ist die erste oder die zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO) [3]).

4. Rekursfall aus § 142 ZPO.

Das Gerichtserkenntnis auf Zulassung des Bucheides [4]) unterliegt dem Rekurs [5]).

---

[1]) Für die einlässliche Antwort vergl. § 107 ZPO, für die nichteinlässliche § 113 ZPO. Ueber die Geltendmachung und prozessuale Behandlung verzögerlicher Einreden, vergl. die Wegleitung des Obergerichts in M VIII 201.

[2]) M VIII 204. Die Rekurrabilitätsbestimmung des § 127 ZPO findet im Präsidialverfahren keine Anwendung.

[3]) Abänderungsgesetz betreffend Geschäftsordnung des Obergerichts vom 27. Januar 1937.

[4]) In der luzernischen ZPO wird demjenigen ein Bucheid gestattet, welcher einen Beweis mittelst des Buches führen will: Er muss die Richtigkeiet der betreffenden Forderung mit einem Eide beschwören (§ 142 ZPO).

[5]) Schnyder ist in § 142 Anmerkg. 5 der Auffassung, dass eine Erkenntnis, in welcher der Eid verweigert wurde, auch rekurrabel sei. Dieser Meinung kann nicht beigepflichtet werden, da diese Interpretation des Gesetzes zu extensiv wirkt, vor allem auch in bezug auf §§ 207 und 210 ZPO.

Auf Grund vom M V 205 sind nicht nur Erkenntnisse, die auf Zulassung des Bucheides lauten, rekurrabel, sondern auch solche, die auf Zulassung des Bucheides mit bestimmten Büchern lauten.

Rekursinstanz ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO) [1]).

5. Rekursfall aus § 158 ZPO.

Erkenntnisse, die auf Gestattung oder Verwerfung des Erfüllungseides [1]) lauten, sind rekursfähig [2]).

Das Beweismittel des Erfüllungseides bildet mit dem Beweis durch Schriftexpertise ein Ganzes. Aus diesem Grund muss der Kläger den Antrag auf Leistung des Erfüllungseides in erster Instanz stellen, anderenfalls ist anzunehmen, dass der Kläger auf den Erfüllungseid seitens der beklagten Partei verzichtet (M VII 107).

Sind die Beweismittel für die Echtheit einer Urkunde eindeutig, so bedarf es des Beweismittels des Erfüllungseides nicht mehr (M VIII 105).

Rekursinstanz ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO).

6. Rekursfall aus § 206, Abs. 3 ZPO.

Im Vaterschaftsprozesse kann der Klägerin die Ablegung des Eides [3]) gestattet werden, wenn Anhaltspunkte für

---

[1]) Wird die Echtheit einer Urkunde bestritten und nimmt der Gerichtspräsident nicht ohne weiteres die Echtheit der Urkunde an, so ist der angebliche Aussteller verpflichtet, vor Gericht und Sachverständigen Worte zu schreiben, welche ihm vorgesprochen werden (§§ 155 und 156 ZPO). Erachten die Schriftverständigen die Schrift für echt, so kann der Beweisführer den Eid leisten, dass er die Schrift nach seiner besten Ueberzeugung für echt halte (§ 156 ZPO).
Erachten die Schriftverständigen die Schrift für unecht, oder wahrscheinlich für unecht, so kann der Beweisgegner den Eid leisten, dass er die Schrift nach seiner besten Ueberzeugung für unecht halte (§ 157 ZPO).

[2]) Sie werden entweder vom Gericht oder im Vorverfahren vom Gerichtspräsidenten oder delegierten Richter erlassen. Nach M VI 469 sind Beweisentscheide eines delegierten Richters in ihren Wirkungen denjenigen des Gerichtes gleichgestellt und brauchen daher nicht mehr dem Gesamtgericht vorgelegt zu werden, sondern können direkt ans Obergericht weitergezogen werden

[3]) Worunter der Selbsteid zu verstehen ist.

a) die Richtigkeit der Klageanbringen gegeben sind und
b) keine Tatsachen vorliegen, welche gegen die Glaubwürdigkeit der Klägerin sprechen.

Voraussetzung der Klägerin zum Selbsteid ist die Abwesenheit von Mängeln im Sinne von § 165 ZPO: Der Selbsteid kann von einer Klägerin nur abgelegt werden, die mindestens 18 Jahre alt ist. Das Alter des Beklagten ist dagegen für die Zulässigkeit zum Selbsteide ohne Bedeutung (M VIII 310).

Als weitere Voraussetzung für die Zulassung der Kindesmutter zum Selbsteide ist der positive Nachweis von Anhaltspunkten für die Richtigkeit der Klageanbringen nötig (M VII 660). Darunter ist nicht zu verstehen, dass die Klagebehauptungen durch das Beweisverfahren erhärtert werden müssen. Es genügt der Nachweis von Beziehungen, die Geschlechtsverkehr vermuten lassen (VII 584).

In wieweit Leichtfertigkeit einen Einfluss auf die Zulässigkeit der Klägerin zum Selbsteide hat, hat das Obergericht mehrmals behandelt. Es hat sich dabei auf den Standpunkt gestellt, dass eine gewisse Leichtfertigkeit in sittlicher Hinsicht an und für sich keinen Anhaltspunkt bedeute, der notwendigerweise gegen die Glaubwürdigkeit der betreffenden Person ausgelegt werden müsse. Allein das schliesst keineswegs aus, dass die allgemeine Leichtfertigkeit in sittlicher Hinsicht nicht unter Umständen auch das Vertrauen in die Glaubwürdigkeit der Klägerin, speziell ihrer sittlichen Auffassung und Achtung von der Eidesleistung, erschüttern könne. Diese Gesichtspunkte müssen jedoch in jedem einzelnen Fall nach den konkreten Verumständigungen gewürdigt werden (M VII 317).

Grundsätzlich aber verlangt das Obergericht, dass beide Erfordernisse des § 206 ZPO erfüllt sein müssen, damit die Kindesmutter zum Selbsteid zugelassen werden kann, d. h. sowohl das positive Erfordernis, nämlich das Vorhandensein von Anhaltspunkten für die Richtigkeit der Klageanbringen als auch das negative Erfordernis, nämlich dass keine Tatsachen vorliegen, welche gegen die Glaubwürdigkeit der Klägerin sprechen (M VIII 311). Je besser aber das eine Erfordernis fundiert ist, umso weniger streng muss es mit dem andern genommen werden (M VII 317).

Gemäss dieser Auffassung vertritt das Obergericht den Standpunkt, dass der Selbsteid nicht zulässig sei bei einer Beweislage, die die Vermutung für die Vaterschaft des Beklagten bereits begründet (M VIII 311) [1]).

In seinem Entscheid vom 3. Juli 1941 i. S. Fritz Schär ca. Wwe. Nyffenegger hat das Obergericht seine Auffassung korrigiert. Denn gegen die in M VIII 311 vertretene Ansicht lässt sich anführen, dass die Prüfung der Relevanz (Erheblichkeit) beim Selbsteid die Rekursinstanz häufig in die Lage bringen kann, dem Amtsgericht in der Beurteilung der Hauptsache direkt vorzugreifen, was nach Möglichkeit vermieden werden muss. Sodann kann die Zulassung eines überflüssigen Selbsteides für die Prozessparteien keine Rechtsnachteile nach sich ziehen. In seiner Begründung führt das Obergericht weiter aus: «Falls die Tatsache des Geschlechtsverkehrs nicht bereits feststeht, wird der Beklagte durch den Selbsteid allerdings in sittlicher Hinsicht belastet, doch kann dieser Umstand für die Zulassung des Rekurses nicht ausschlaggebend sein. Wenn der Grundsatz der Prozessökonomie gebietet, dass keine unnötigen Eide geschworen werden, so liesse sich anderseits sagen, dass der rasche Fortgang des Prozesses bei Zulassung des Rekurses nur noch mehr leidet. Beständen an und für sich keine erheblichen Bedenken, die rekursweise Anfechtung des zugelassenen Selbsteides aus dem Grunde der Unerheblichkeit zu versagen, so ist anderseits zu beachten, dass dann, wenn an Stelle des Selbsteides der Schiedseid tritt, im analogen Falle die Anfechtung auch wegen Irrelevanz nach Gesetz und Praxis zulässig ist. Die angestellten Erwägungen führen somit dazu, den Rekurs gegen die Zulassung zum Selbsteid grundsätzlich auch dann zur Verfügung zu stellen, wenn die Unerheblichkeit des Eides geltend gemacht wird.»

Das Obergericht ist also der Auffassung, dass der zugelassene Eid wegen Irrelevanz angefochten werden kann. Auch für den Fall, dass der Selbsteid wegen Irrelevanz verworfen wird, bejaht das Obergericht die Zulässigkeit des Rekurses in gleicher Maxime [2]).

Die Zulassung der Kindesmutter zum Selbsteide ist dann nicht

---

[1]) Vergl. auch M VI 454, M VII 450, M VIII 211, 118, 312.

[2]) Diese Auffassungen sind vom Obergericht im Entscheid vom 11. Juli 1941 bestätigt worden.

gerechtfertigt, wenn sie nicht nur als eine in sittlichen Dingen leichtfertige, sondern überhaupt als moralisch stark verkommene Person gilt (M VIII 390).

Zuständige Rekursinstanz ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO).

7. Rekursfall aus § 207 ZPO.

Soll der Schiedseid [1]) von einer Personengesamtheit geleistet werden, so bezeichnet das Gericht nach Anhörung der Parteien eine oder mehrere Personen, welche namens der Personengesamtheit [2]) den Eid zu leisten haben [3]).

Der Entscheid des Gerichtes über die Zulassung von Personen zum Schiedseid ist rekursfähig.

Rekursinstanz ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO).

8. Rekursfall aus § 210 ZPO.

Wird die Zulässigkeit des Schiedseides bestritten, so erlässt das Gericht darüber eine Erkenntnis. Gegen diese ist, wenn der Schiedseid darin als zulässig erklärt wurde, der Rekurs statthaft.

Die Anrufung des Beweismittels des Selbsteides ist jedoch — wie der Beweis durch Schiedseid — nur bei vollkommen liquider Beweislage möglich (M VIII 312).

Der Schiedseid ist auch zulässig zum Nachweis von Anhaltspunkten für die Richtigkeit der Klageanbringen nach § 206, Abs. 3 ZPO. Voraussetzung ist, wie immer, dass die Schwörsätze ge-

---

[1]) In allen Rechtsstreitigkeiten kann der Beweisführer seiner Gegenpartei den Eid über jene erheblichen Tatsachen zuschieben, die eines Beweises bedürfen. Gegen einen bereits geleisteten Beweis ist der direkte Gegenbeweis durch den Schiedseid ausgeschlossen (§ 205 ZPO).

[2]) Unter Personengesamtheiten sind zu verstehen: Gesellschaften, Korporationen, solidarische Streitgenossenschaften.

[3]) Vergl. über die Zulassung bei Streitgenossen M IV 617. Im übrigen gelten für eidespflichtige Personen die Bestimmungen aus § 165 ZPO.

setzesmässig abgefasst und nicht offensichtlich unerheblich sind (M VIII 494). In diesem Falle kann der Schiedseid auch an Stelle des Selbsteides treten.

Das Beweismittel des Schiedseides soll von den Parteien aber erst ergriffen werden, wenn alle anderen Beweismittel ergriffen worden sind, da das Ergebnis des Schiedseidverfahrens der freien richterlichen Beweiswürdigung entzogen ist [1]) (§ 137 ZPO).

Unzulässig ist der Schiedseid in den Fällen des § 143 ZPO [2]).

Wird die Zulässigkeit zum Schiedseide bestritten, so erfolgt die diesbezügliche Ueberprüfung auf Antrag der Gegenpartei und nicht etwa von Amteswegen. Eine Ausnahme von dieser Regel ist statthaft, wenn es sich um Unerheblichkeit oder Unnötigkeit des Schiedseides handelt. Denn nach § 134 ZPO steht es dem Gericht zu, unerhebliche Beweise von Amteswegen zu verwerfen.

Im ordentlichen Verfahren ist der Rekurs bei der ersten oder zweiten Kammer des Obergerichts anhängig zu machen (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO). Im beschleunigten Verfahren ist die Justizkommission zuständig (§ 16, Ziff. 1 AGO).

9. Rekursfall aus § 211 ZPO.

Ergeben sich über die Form der Schwörsätze — insbesondere über die Frage, ob der Eid des Nichtwissens zulässig sei — Anstände, so hat darüber das Gericht zu entscheiden. Das Erkenntnis ist rekursfähig.

Ausserdem ist der Rekurs nach § 211 ZPO auch gegen einen Entscheid gegeben, der sich nicht bloss mit der Frage nach der Form der Schwörsätze, sondern auch mit der Frage befasst, ob

---

[1]) Das Obergericht hat in M VIII 386 Weisungen über das erstinstanzliche Beweisverfahren, insbesondere über die Parteibefragung und den Schiedseid aufgestellt. Ausgehend von § 205 ZPO stellt es die Doktrin auf, dass der Schiedseid kein subsidiäres Rechtsmittel ist. Daher kann eine Partei, auch wenn andere Beweismittel vorliegen, gleich anfangs zum Beweis durch Schiedseid schreiten. Sie soll es aber nicht tun bevor die anderen Beweismittel erschöpft sind. Als Beweise sind in der luzernischen ZPO zugelassen: Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Augenschein, sowie Parteibefragung und Schiedseid, bzw. Selbsteid (§ 136 ZPO).

[2]) M IV 133, VII 298.

Antworten des Delaten auf die Eidessätze zu protokollieren seien oder nicht (M VIII 30).

Im gleichen Entscheid sagt das Obergericht, dass der Begriff «Schwörsatz» im § 211 ZPO nicht in dem engen Sinne gebraucht wird, wie in § 208 ZPO [1]), wo darunter bloss die vom Deferenten formulierten und dem Delaten zuzustellenden Eidessätze verstanden werden. Denn wenn in § 211 ZPO erklärt wird, dass ein Gerichtsentscheid rekurrabel sei, der sich auf Anstände über die Form der Schwörsätze, speziell über die Frage, ob der Eid des Nichtwissens zulässig sei, beziehe, so wird damit klar ausgesprochen, dass hier der Ausdruck in einem allgemeinen Sinn genommen und dass darunter nicht nur der Schwörsatz als solcher, sondern auch die dazu abgegebenen Erklärungen zu verstehen sind [2]) (M 494 von 1936).

Nicht zulässig ist der Rekurs bei der erstinstanzlichen Wegweisung von Schwörsätzen wegen Irrelevanz (M VIII 31). Auch wird der Rekurs abgewiesen, wenn der Schwörsatz im Schiedseid inquisitorischen Charakter hat (M VII 195).

Unter dem Nichtwissenseide ist in der Regel der Wahrheitseid zu verstehen. Er soll nur dann zugelassen werden, wenn nach den Umständen dem Beweisgegner nicht zugemutet werden kann, über Wahrheit oder Unwahrheit auszusagen (M V 475) [3]).

Die Anstände gegen die Form der Schwörsätze oder gegen den Nichtwissenseid können von dem Beweisgegner oder dem Beweisführer ausgehen.

Rekursinstanz im ordentlichen Verfahren ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO). Im beschleunigten Verfahren ist die Justizkommission zuständig (§ 16, Ziff. 1 GO).

---

[1]) § 208 ZPO lautet: Die Partei, welche zum Beweise durch Schiedseid schreiten will, hat die Gegenpartei zum persönlichen Erscheinen vorzuladen und ebenfalls persönlich vor Gericht zu erscheinen. Ferner soll sie mit der Vorladung der Gegenpartei die Schwörsätze zustellen. Sind der Gegenpartei die Schwörsätze nicht mindestens fünf Tage vor dem Termin zugestellt worden, so ist sie berechtigt, auf Kosten des Beweisführers Einstellung zu beantragen.

[2]) Nach Schnyder ist der Rekurs auch zulässig, wenn sich über die Form der Antworten Anstände ergeben (§ 211 ZPO Anmerkg. 1).

[3]) M I 580, M II 522, M III 184, M IV 596, 699, 799.

10. Rekursfall aus § 213 ZPO.

Derjenige, dem ein Eid zugeschoben wird, kann ihn an den Beweisführer zurückschieben. Das Erkenntnis hierüber ist rekursfähig.

Die mit einem Eid beschwerte Person ist der Beweisgegner, worunter auch die in § 207 ZPO erwähnten Personengesamtheiten fallen. Der Beweisgegner ist nicht verpflichtet, über alle ihm zugeschobenen Schwörsätze den Eid abzulegen. Er kann über einzelne Schwörsätze den Eid ablegen und andere wieder zurückschieben (M III 769).

Derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, kann ihn an den Beweisführer zurückschieben. Ausgenommen ist der Fall, wenn nur die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber ihre Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde (§ 213 ZPO).

Rekursinstanz ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO). Für das beschleunigte Verfahren ist die Justizkommission zuständig (§ 16, Ziff. 1 GO).

11. Rekursfall aus § 223 ZPO.

Der Gerichtspräsident hat ohne Vernehmung der Gegenpartei über das Gesuch zur vorsorglichen Beweisaufnahme [1]) zu entscheiden. Der abweisende Entscheid ist rekursfähig.

Per analogiam zu § 129, Abs. 3 ZPO kann der Gerichtspräsident einen Richter mit der Durchführung des Beweises beauftragen. Im allgemeinen wird ein delegierter Richter mit der Beweiserhebung beauftragt. Dieser behandelt die Streitsache wie der Gerichtspräsident. Im Fall des Rekurses ist der Entscheid des delegierten Richters anzufechten, der direkt an die Rekursinstanz weiterziehbar ist (M VI 469).

Dem Gerichtspräsidenten oder dem delegierten Richter steht es zu, ohne Anhörung der Gegenpartei das Gesuch gutzuheissen oder

[1]) Eine vorsorgliche Beweisaufnahme findet dann statt, wenn Gefahr besteht, dass bei längerer Verzögerung ein Beweis verloren geht oder der Gebrauch des Beweismittels erschwert würde (§ 221 ZPO).

abzuweisen. Nichteintreten auf das Gesuch erfolgt nur dann, wenn im Gesuch die Bezeichnung der Beweispunkte und Beweismittel oder die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit einer vorsorglichen Beweisaufnahme fehlen.

Rekursfähig ist nur der abweisende Entscheid, nicht aber jener, der das Gesuch zur vorsorglichen Beweisaufnahme gutheisst, da die Gegenpartei von dem Gesuch der vorsorglichen Beweisaufnahme ausgeschlossen ist.

Rekursinstanz ist die Justizkommission (§ 16, Ziff. 5 GO).

12. Rekursfall aus § 254, Abs. 2 ZPO.

Der Rekurs ist auch statthaft gegen ein Erkenntnis, wodurch ein appellabler Zivilprozess sistiert [1]) wird, bis ein anderer Zivil- oder Strafprozess erledigt ist.

Wird in genanntem Fall der Rekurs ergriffen, so hat gemäss neuer Praxis das Obergericht zu entscheiden, ob die Sistierung eines Prozesses sachlich gerechtfertigt sei oder nicht [2]).

Ein Gesuch einer Partei an das Gericht, die Sistierung auszusprechen, kann vom Gericht abgewiesen werden. In einem solchen Fall ist keine Ergreifung des Rekurses möglich (M III 218, M V 162).

Rekursinstanz ist die erste oder zweite Kammer des Obergerichts (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO).

13. Rekursfall aus § 307 ZPO.

Der Rekurs ist zulässig gegen die Erkenntnis des Gerichtspräsidenten, in welcher dieser über Gesuche um Erteilung des Armenrechtes [3]) entscheidet.

Das Gesuch ist bei jenem Gerichtspräsidenten einzureichen, vor

---

[1]) Unter Sistierung versteht man nicht Beendigung, sondern nur zeitweilige Unterbrechung eines Prozesses

[2]) Nach alter Praxis galt eine Sistierung dann als gerechtfertigt, wenn es sich nicht nur um einen blossen Vertagungsbeschluss handelt (M III 307).

[3]) Wer wegen Armut ausserstande ist, sein Recht zu verfolgen (als Kläger) oder zu verteidigen (als Beklagter), kann, wenn er einen Rechtsstreit führen muss, sich um die Erteilung des Armenrechtes bewerben (§ 305 ZPO). Das Gesuch kann nur gestellt werden, wenn es sich um Zivilrechtsstreitigkeiten handelt.

welchem der Streitfall zur Verhandlung gelangt. Handelt es sich um einen friedensrichterlichen Prozess, so muss auch der Friedensrichter über das Gesuch entscheiden.

Armenrechtsgesuche sind in der Regel so rechtzeitig zu stellen, dass vor Einreichung der Klage oder Antwort darüber entschieden werden kann [1]).

Mit dem Gesuch muss die Partei eine amtliche Bescheinigung über ihre Vermögens- und Erwerbsverhältnisse vorlegen. Ausserdem soll das Armenrechtsgesuch enthalten: Die Bezeichnung der Parteien, der Streitsache und der Beweismittel.

Nach Einsichtnahme in die Akten des Gesuches vernimmt der Gerichtspräsident die Gegenpartei ein. Diese hat das Recht, sich sowohl zu dem Streitfalle als auch über das armenrechtliche Gesuch zu äussern.

Handelt es sich darum, dem Kläger das Armenrecht zuzusprechen, so prüft der Gerichtspräsident nach Einsichtnahme in die Akten erst die Frage, ob das Begehren des Klägers einer näheren Untersuchung wert ist [2]). Er kann dabei die Bewilligung bloss für den einen Teil der Klageansprüche gewähren unter der Bedingung, dass der Kläger für die anderen, aussichtslosen Ansprüche Prozessabstand erklärt (M VII 551).

Tritt in einem Fall ein Beklagter als Appellant auf und begehrt für das zweitinstanzliche Verfahren das Armenrecht, so sind die Erfolgsaussichten für die Appellation zu prüfen (M 587 von 1938).

Danach entscheidet der Gerichtspräsident über die Erteilung des Armenrechts. Er kann sich dabei sowohl in bejahendem als auch in ablehnendem Sinne aussprechen.

In jedem Fall ist der Rekurs gegeben [3]). Nichteintreten auf das

---

[1]) Der Kläger hat das Gesuch spätestens mit der Klage, der Beklagte spätestens mit der Antwort zu stellen. Wird das Armenrecht von beiden Parteien verlangt, so hat der Beklagte sein Gesuch spätestens innert der vom Gerichtspräsidenten gesetzten Vernehmlassungsfrist auf das klägerische Gesuch einzureichen. Ein späteres Gesuch kann nur berücksichtigt werden, wenn die Tatsachen, mit denen das Gesuch begründet wird, erst im Laufe des Prozesses eingetreten sind (Abänderungsgesetz der ZPO in § 306 vom 11. Mai 1938).

[2]) Die Untersuchung wird von der Armenrechtsbehörde durchgeführt. Diese stellt an Hand der Akten fest, ob die Klage berechtigt ist oder nicht.

[3]) Entscheide des Gerichts auf Armenrechtsentzug sind nicht rekursfähig (M VIII 680).

Gesuch findet dann statt, wenn die Akten des Klägers oder des Beklagten unvollständig sind oder die Frist verpasst ist.

Der Gerichtspräsident darf den Entscheid erst dann fällen, wenn sich das Gericht in der Sache als kompetent erklärt hat. Denn für das Armenrechtsverfahren besteht eine besondere Zuständigkeitsnorm (M VIII 124) [1]).

Zuständige Rekursinstanz ist die Justizkommission (§ 16, Ziff. 5 GO).

14. Rekursfall aus § 318 ZPO.

Ist eine Person kraft Urteils zu einer persönlichen Leistung verpflichtet, so hat sie diese in der ihr vom Gerichtspräsidenten vorgeschriebenen Frist zu erbringen. Widrigenfalls kann der Gerichtspräsident auf Kosten des Verurteilten die Leistung vom Berechtigten oder einem Dritten ausführen lassen. Wurde die persönliche Leistung im Prozesse auch als Wert ausgemittelt, so steht es dem Berechtigten zu, den Wert statt der Leistung zu beanspruchen [2]).

Wurde der Wert der Leistung im Prozesse nicht ausgemittelt, oder kann die Leistung vom Berechtigten oder einem Dritten nicht erbracht werden, so schätzt der Gerichtspräsident den Wert derselben [3]).

Ist eine der beiden Parteien mit der Schatzung des Gerichtspräsidenten nicht einverstanden, so kann sie rekurrieren. Das Obergericht setzt nach Einvernahme der Gegenpartei und unter Zuziehung von Sachverständigen den Wert endgültig fest [4]).

Rekursinstanz ist die Justizkommission (§ 16, Ziff. 2 GO).

15. Rekursfall aus § 328 ZPO.

Der Gerichtspräsident kann für alle Streitsachen, welche nach dem ordentlichen Verfahren zu erledigen wären, das beschleu-

---

[1]) Vergl. M IV 879 und für die Behandlung von Ausländern M VI 124, M IV 637.
[2]) Unter persönlicher Leistung ist jede Leistung, die nicht Zahlung oder Sicherheitsleistung bedeutet, zu verstehen.
[3]) Wertbestimmungen, die in einem Vor- oder Zwischenentscheid getroffen wurden, sind nur mit der Hauptsache weiterziehbar (M IV 403).
[4]) Für die Schätzung ist der gemeine Wert massgebend, nicht etwa jener, den die Leistung für den Berechtigten hat.

nigte [1]) Verfahren anordnen, wenn beide Parteien es verlangen, und die Dringlichkeit der Erledigung glaubhaft gemacht ist.

Wird das Gesuch nur von der einen Partei gestellt, so hat der Gerichtspräsident darüber die Gegenpartei zu vernehmen und sodann über das Gesuch zu entscheiden. Das abweisende Erkenntnis ist rekursfähig. Gegen die Bewilligung findet kein Rechtsmittel statt (M V 483).

Das Gesuch der Parteien um Anordnung des beschleunigten Verfahrens ist bei jenem Gerichtspräsidenten anzubringen, vor dem die Hauptsache zur Verhandlung steht.

Da der Gerichtspräsident die Verhandlung führt (§ 18 ZPO), ist er befugt, entgegen dem Verlangen der Parteien, statt dem beschleunigten Verfahren, das ordentliche Verfahren anzuordnen, wenn ihm das letztere für die Erledigung der Streitsache als geeigneter erscheint.

Die Parteien haben in ihrem Gesuch die Dringlichkeit glaubhaft zu machen; trotzdem kann der Gerichtspräsident das ordentliche Verfahren anordnen.

Rekursinstanz ist die Justizkommission (§ 16, Ziff. 1 GO).

16. Rekursfall aus § 359 ZPO.

Der Rekurs ist nach § 359 ZPO zulässig gegen alle Entscheide und Verfügungen des Gerichtspräsidenten aus dem IV. Titel, III. Teil der ZPO (Vom Besitzesprozesse) [2]), den allgemeinen Ver-

---

[1]) Das beschleunigte Verfahren gehört zu den ausserordentlichen Verfahren in der luzernischen ZPO. Im beschleunigten Verfahren werden alle Prozesse geführt, die in § 327 ZPO Ziff. 1—4 aufgeführt sind. Dies sind die gesetzlichen Fälle, im Unterschied zu den bewilligten Fällen aus § 328 ZPO.

[2]) Der dritte Teil der luzernischen ZPO handelt in seinem IV. Titel vom Besitzesprozesse, den allgemeinen Verboten und den einstweiligen Verfügungen. Die Besitzesklage ist nach Art. 927—929 ZGB, sofern damit keine Schadenersatzklage verbunden wird, bei jenem Gerichtspräsidenten anhängig zu machen, in dessen Amtsgerichtskreis die Besitzesstörung stattgefunden hat (§ 348 ZPO). Sofern der Schadenersatzanspruch mit dem Besitzesanspruch verbunden wird, muss die Klage auf dem Wege des ordentlichen Verfahrens geltend gemacht werden. Zuständige Instanz ist das Amtsgericht, da der Besitz einer vermögensrechtlichen Schätzung nicht unterliegt.
In § 349 ZPO wird das Verfahren geregelt. Im allgemeinen ist die Besitzesklage schriftlich einzureichen, ausnahmsweise ist eine mündliche Klage zulässig. Der Gerichtspräsident trifft die Anordnungen nach Einvernahme der Gegenpartei. Entscheide des Obergerichts in Besitzesklagen, vergl. bei Schnyder § 349 Anmerkung 15 und in M Bd. VI — VIII ff.

boten [1]) und den einstweiligen Verfügungen [2]) unter Vorbehalt des § 350 ZPO (allgemeine Verbote).

Die Entscheide des Gerichtspräsidenten können Befehls- oder Verbotsentscheide darstellen; sie beziehen sich auf die Besitzesklagen aus Art. 927—929 ZGB [3]).

Unter den Begriff der Entscheide fallen auch alle allgemeinen Verbote nach § 350 ZPO [4]).

§ 350, Abs. 2 ZPO lautet: «Wer durch ein allgemeines Verbot in seinen Rechten verletzt wird, kann binnen 10 Tagen von der öffentlichen Bekanntmachung weg beim Gerichtspräsidenten, der das Verbot erlassen hat, Aufhebung des Verbotes oder Abänderung

---

[1]) Die allgemeinen Verbote werden in § 350 ZPO behandelt. Diese werden, sofern sie nicht gegen bestimmte Personen gerichtet sind, auf einseitiges Gesuch vom Gerichtspräsidenten nach Prüfung der Verhältnisse erlassen. Sie sind im Kantonsblatt zu veröffentlichen.
Die Verbote beziehen sich nur auf Sachen; sie sind mittels der Besitzesklage geltend zu machen. In diesen Fällen ist das Gesuch schriftlich einzureichen; nur ausnahmsweise ist ein mündliches Gesuch zulässig. Vergl. dazu M IV 609 und M V 7.

[2]) Nach § 351 ZPO wird in jenen Fällen eine einstweilige Verfügung erlassen, in denen einer Person ein nicht leicht zu ersetzender Schaden bevorsteht, der durch eine vorsorgliche richterliche Anordnung abgewendet werden kann. Für das diesbezügliche Verfahren gelten die Bestimmungen der Besitzesklage § 349 ZPO. Das Gesuch, in dem die einstweilige Verfügung begehrt wird, ist schriftlich zu stellen; ausnahmsweise ist auch Mündlichkeit zulässig. Das Begehren ist glaubhaft zu machen. Wie bei der Besitzesklage ist Einvernahme der Gegenpartei zugelassen, ferner können auch Sachverständige zugezogen werden. Durch die Verfügung soll an der Streitsache jedoch nicht mehr geändert werden, als unbedingt notwendig ist (§ 352 ZPO). Die einstweilige Verfügung soll so gehalten sein, dass sie auf den Hauptentscheid keinen Einfluss hat (§ 353 ZPO). Auf Grund von § 356 ZPO kann die Gegenpartei Sicherheitsleistungen verlangen, wenn sie durch Verfügungen des Gerichtspräsidenten aus Besitzesprozessen, allgemeinen Verboten und einstweiligen Verfügungen zu Schaden gekommen ist.
Die Besitzesentscheide, allgemeinen Verbote und einstweiligen Verfügungen bleiben solange rechtswirksam, bis sie aufgehoben oder sistiert worden sind. Dies tritt dann ein, wenn der Ausweis erbracht wird, dass das Fortbestehen der Verfügungen nicht mehr notwendig ist (§ 357 ZPO). Vergl. M VIII 596. Werden die Verfügungen des Gerichtspräsidenten nicht ausgeführt, so werden die Schuldigen nach dem Polizeistrafgesetz verurteilt. Ausserdem kann der Gerichtspräsident die Verfügung in der ihm gut scheinenden Form vollziehen lassen (§ 358 ZPO).

[3]) Art. 927 ZGB Klage aus Besitzesentziehung und Rückgabe der Sache, sowie Schadenersatz. Art. 928 ZGB Klage aus Besitzesstörung und Beseitigung der Störung als auch Schadenersatz. Art. 929 ZGB Voraussetzung der genannten Klage sowie Verjährung derselben.

[4]) Vergl. dazu weiter oben Fussnote 1. Es handelt sich dabei z. B. um Verbote des Betretens und Befahrens von Wegen und Liegenschaften.

desselben verlangen. Für das weitere Verfahren finden die Bestimmungen des Art. 349 ZPO Anwendung.»

Danach wäre anzunehmen, dass gegen allgemeine Verbote der Rekurs nach § 359 ZPO nicht gegeben ist, da § 350, Abs. 2 ZPO als genügende Sicherungen gegen Rechtsverletzung anzusehen wäre. Dem ist aber nicht so. Vielmehr wird § 350, Abs. 2 ZPO auf dem Umweg über § 349 ZPO — von den Bestimmungen über den Besitzesprozess — durch § 359 ZPO des Rekurses ergänzt.

Der scheinbare Widerspruch des § 359 ZPO mit jenem des § 350, Abs. 2 ZPO war Gegenstand eines obergerichtlichen Entscheides (M VIII 39). In diesem wird ausgeführt, wie der Rekurs gegen allgemeine Verbote des § 350, Abs. 2 zulässig ist, ohne dass eine Verletzung des § 359 ZPO stattfindet.

Die vom Amtsgerichtspräsidenten auf Gesuch einer Partei hin erlassenen Verbote sind ihrem Wesen nach Besitzesschutzentscheide. Deswegen sind sie auch rekurrabel. Fühlt sich jemand durch ein allgemeines Verbot in seinen Rechten verletzt, so muss er sich eines besonderen Verfahrens bedienen, das darin besteht, dass er beim Gerichtspräsidenten das Begehren um Aufhebung oder Abänderung des Verbotes stellt. Ist einmal dieses Aufhebungs- bzw. Abänderungsgesuch eingelegt, so finden für das weitere Verfahren gemäss § 350, Abs. 2 ZPO die Vorschriften über den Besitzesprozess Anwendung. Folglich ist ein im Verbotaufhebungsverfahren ergangener Präsidialentscheid wie ein Entscheid im Besitzesprozess auf dem Rekursweg weiterziehbar (M VIII 39) [1]).

Unter den Begriff der einstweiligen Verfügungen fallen jene nach § 351 ZPO, ferner die Entscheide mit Fristansetzung nach § 354 ZPO und die Entscheide bezüglich Sicherheitsleistungen nach § 356 ZPO.

Die einstweiligen Verfügungen werden durch den Gerichtspräsidenten erlassen. Nach § 360 ZPO ist das Amtsgericht berechtigt, an Stelle des Gerichtspräsidenten besondere Mitglieder für einzelne Gebiete des Gerichtskreises zuständig zu erklären.

Zum Unterschied zu den allgemeinen Verboten nach § 350 ZPO sind die einstweiligen Verfügungen des Gerichtspräsidenten, die im

---

[1]) Vergl. auch M IV 609, M V 7.

Laufe eines Prozesses erlassen werden, nicht rekurrabel. Denn das Rekursrecht nach § 359 ZPO ist nur gegen die materielle Entscheidung in der Hauptsache nicht auch gegen blosse Zwischenverfügungen prozessleitender Natur gegeben (M VIII 403) [1]). Nach § 18 ZPO leitet der Präsident die Gerichtsverhandlungen, setzt von Amteswegen die Tagfahrten an und sorgt für richtige, möglichst rasche Erledigung der Streitfälle. Er ist ferner berechtigt, zum Zwecke der Bereinigung und Aufnahme der Beweise, vor der Gerichtsverhandlung ein Vorverfahren anzuordnen und die nötigen Verfügungen zu erlassen (§ 129 ZPO).

Eine Zulassung des Rekurses würde nicht nur eine erhebliche Verschleppung des Prozesses bedeuten, sondern würde überdies dem § 253 ZPO widersprechen, nachdem ein Rekurs nur in den vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen zulässig ist.

Diese Auffassung kommt in mehreren Entscheidungen des Obergerichts zum Ausdruck: Nach M III 698 sind einstweilige Verfügungen, die im Laufe eines Prozesses durch das Gericht erlassen wurden, selbst dann nicht rekursfähig, wenn das Gesuch an den Präsidenten gerichtet, von diesem aber an das Gericht weitergeleitet wurde.

Bezüglich der Auslegung des § 359 ZPO spricht sich das Obergericht in zwei Entscheiden in restriktivem Sinne aus: In M VIII 41 wird ausgeführt, dass es sich bei dem angefochtenen Erkenntnis unverkennbar um die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung handelt. Nun bestimmt § 359 ZPO allerdings, dass gegen die gemäss dem IV. Titel der ZPO erlassenen Entscheide und Verfügungen des Gerichtspräsidenten unter Vorbehalt des § 350 ZPO nachdem der Rekurs zulässig sei. Diese Vorschrift bezieht sich jedoch lediglich auf Entscheide im Besitzesschutzverfahren und auf die einstweiligen Verfügungen nach § 351 ZPO, nicht aber auf Massnahmen, welche die Vollziehung solcher Entscheide und Verfügungen bezwecken. Aus diesem Grund kann die Erkenntnis nicht mit dem Rekurs angefochten werden.

In ähnlicher Weise spricht sich das Obergericht in M VII 371

---

[1]) Vorsorgliche Verfügungen im Sinne der Art. 52/53 URG sind grundsätzlich nach den Verfahrensvorschriften der §§ 351 ff. ZPO zu erlassen und rekurrabel (M 596 von 1937).

aus: «Die Verschliessung des Rekursweges ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 359 ZPO, wohl aber aus der Natur der Sache. Können die schon behufs Vollziehung von Urteilen getroffenen Präsidialverfügungen nach den §§ 318 ff. ZPO, soweit sie nicht Schatzungen betreffen, nicht auf dem Rekurswege angefochten werden, so hat dies a fortiori von den Massnahmen nach § 358 ZPO zum Vollzuge von wegen ihrer Dringlichkeit im summarischen Verfahren getroffenen Entscheiden und Verfügungen jenes Titel IV zu gelten, die nach ihrem Sinn und Zweck den Parteien eine rasche vorsorgliche Rechtshilfe zu gewähren haben und demgemäss eine prompte, unverzögerte Vollziehung erheischen [1]).

Gegen alle Entscheide und Verfügungen im Sinne des § 359 ZPO ist der Rekurs bei der ersten oder zweiten obergerichtlichen Kammer anhängig zu machen (§ 2, Ziff. 2 b und § 3, Ziff. 4 b AGO).

17. Rekursfall aus § 362 ZPO.

Im V. Titel des III. Teiles handelt die luzernische ZPO von den Verfügungen des Gerichtspräsidenten nach dem schweizerischen ZGB und dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.

Der Titel besteht aus zwei Paragraphen. Der eine behandelt das Verfahren (§ 361 ZPO), der andere die Rechtsmittel (§ 362 ZPO).

In § 361 ZPO heisst es: «Der Gerichtspräsident [2]) trifft in den Fällen von § 4, Ziff. 1, lit. a und b [3]) und § 5 ZPO seine Anordnungen und Massnahmen auf schriftliches oder mündliches Gesuch nach Einvernahme der Gegenpartei, soweit die Einvernahme nicht durch Gesetz oder die Verhältnisse ausgeschlossen ist.

Für das Verfahren bei Besitzesklagen nach Art. 927 und 928 ZGB gelten die Bestimmungen des IV. Titels [4]).

Die Erlasse sollen schriftlich abgefasst und begründet sein.»

---

[1]) Vergl. auch M VIII 403.

[2]) Die Funktion des Gerichtspräsidenten aus § 361 ZPO kann auch der delegierte Richter ausüben.

[3]) In den Fällen des § 4, Ziff. 1, lit. b, bei denen es sich um die amtliche Mitwirkung bei der Veräusserung von Sachen handelt, kann der Gerichtspräsident diese Tätigkeit dem Betreibungsbeamten des Ortes übertragen (§ 361, Abs. 4 ZPO).

[4]) Siehe darüber das Nähere im 16. Rekursfall aus § 359 ZPO, in dem die Besitzesklagen aus § 350 ZPO behandelt werden.

Die Anordnungen und Massnahmen des Gerichtspräsidenten betreffen nach § 4, Ziff. 1, lit. a jene, die sich aus dem ZGB ergeben [1]). In § 4, Ziff. 1, lit. b ZPO werden die Anordnungen und Massnahmen des Gerichtspräsidenten aus dem OR behandelt [2]).

Nach § 5 ZPO ist der Gerichtspräsident zuständig, für alle jene Anordnungen und Massnahmen, die ihm aus dem SchKG zugewiesen sind.

Die Gesuche der Parteien an den Gerichtspräsidenten um Anordnungen oder Massnahmen aus § 4, Ziff. 1, lit. a und b und aus § 5 müssen per analogiam in schriftlicher Form angebracht werden. Ausnahmsweise sind auch mündliche Gesuche zugelassen. Im allgemeinen handelt es sich um solche Fälle, bei denen eine Verzögerung nur Nachteile für die klagende Partei zu Folge hätte [3]), [4]).

Schriftliche Gesuche sind der Gegenpartei immer zur Vernehmlassung durch den Gerichtspräsidenten zuzustellen. Mündliche Gesuche sind schriftlich abzufassen und ebenfalls der Gegenpartei durch den Gerichtspräsidenten zuzustellen [5]).

Nach Zustellung des Gesuches wird die Gegenpartei einvernommen. Eine Ausnahme von dieser Regel findet nur dann statt, wenn eine Einvernahme unmöglich ist oder vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Wird eine Partei nicht einvernommen, wo es das Gesetz bestimmt, oder wo eine Einvernahme nach Lage des Falles als notwendig erachtet wird, so kann sie das Rechtsmittel der Beschwerde ergreifen (§ 282 ZPO).

Nach § 362 ZPO ist gegen die Entscheide des Gerichtspräsidenten gemäss § 4, Ziff. 1, lit. a und § 5 ZPO der Rekurs an das Obergericht zulässig.

---

[1]) Darunter fallen folgende Artikel des ZGB: Art. 45, Abs. 1, Art. 103 und 104, Art. 140, Abs. 2, Art. 597, Art. 598, Art. 662, Art. 763, Art. 808—811, Art. 860, Abs. 3, Art. 870 und 871, Art. 882, Abs. 2, Art. 927 und 928, Art. Art. 960, Ziff. 1, Art. 961, Art. 966, Abs. 2.

[2]) Für die richterlichen Entscheidungen in den Fällen des ZGB in § 4, Ziff. 2 ZPO gilt das Verfahren des Präsidialprozesses nach §§ 93 und 94 ZPO und nicht der V. Titel der ZPO.

[3]) Z. B. bei Gesuchen um Erlass eines Ausweisungsbefehls an Mieter oder Pächter im Sinne des SchKG oder beim Gesuch um Erlass eines Arrestbefehls.

[4]) Massregeln zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft fallen nicht unter den Begriff von Anordnungen und Massnahmen, sondern sind Endurteile (M VIII 22). Vergl. auch M VIII 298.

[5]) Laut obergerichtlicher Praxis.

Gegen die Entscheide des § 5 ist der Rekurs jedoch nur zulässig, soweit der Gerichtspräsident als erste Instanz bezeichnet oder die Weiterziehung nach SchKG gestattet ist [1]).

Unter den Begriff der Entscheide fallen die Anordnungen und Massnahmen des Gerichtspräsidenten nach § 4, Ziff. 1, lit. a [2]), [3]), [4]).

Im Folgenden werden aus Gründen der Uebersichtlichkeit alle Art. des § 5 ZPO angeführt, für die der Gerichtspräsident zuständig ist, und in der Anmerkung dazu werden die Maximen zu den Art. zitiert:

1. Für die Verrichtung nach Art. 77, Abs. 2 und 3; Art. 82, Abs. 2 [5]) und Art. 84 und 85; Art. 107, Abs. 2; Art. 181, 182 und 183 SchKG endgültig bis auf den Betrag von Fr. 800.— und bei mehr als Fr. 800.— als erste Instanz [6]). Für die Verrichtung nach Art. 80, Abs. 1, endgültig bis auf Fr. 200.— und bei mehr als Fr. 200.— als erste Instanz [7]).

2. Für die Verrichtung des Konkursgerichtes nach Art. 162 [8]),

---

[1]) Nach § 17 des Gesetzes betreffend Anwendung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 ist in SchKG-Fällen, in denen das SchKG von Berufung spricht, im luzernischen ZPO das Rechtsmittel des Rekurses zu ergreifen.

[2]) Dazu gehören die Art. des ZGB (Vergl. S. 67 Anmerkg. 2).

[3]) Nicht darunter fallen die Fälle des § 4, Ziff. 1, lit. b, also des OR (Vgl. die Entscheide betreffs OR M VIII 64 und 145). Gegen sie kann der Rekurs nicht ergriffen werden. Anders verhält es sich mit den Entscheidungen des Gerichtspräsidenten nach § 4, Ziff. 2 ZPO. Gegen diese ist nach § 94 ZPO das Rechtsmittel des Rekurses zulässig.

[4]) M VII 210, M VII 726.

[5]) Im Rechtsöffnungsverfahren sind Rekurse im Kostenpunkt nicht zulässig (M VIII 327). Der Rechtsöffnungsrichter hat von Amteswegen zu untersuchen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur Bewilligung der Rechtsöffnung gegeben seien (M VII 467, 684). Bei der Streitwertberechnung im Rechtsöffnungsverfahren kommen §§ 229 und 244, Abs. 2 ZPO zu analoger Anwendung (M VIII 332). Es ist unzulässig bei der Streitwertberechnung in Rechtsöffnungsverfahren verschiedene Betreibungsverfahren zusammenzurechnen, um die Kompetenzsumme des § 5, Ziff. 1 ZPO zu erreichen (M VIII 31). Der Rechtsöffnungstitel ist auch der Rekursinstanz vorzulegen (M VIII 51). Auf die Rekursfrist im Rechtsöffnungsverfahren finden nicht die Ferienbestimmungen der kantonalen ZPO Anwendung (VII 357).

[6]) Entscheide nach Art. 185 SchKG, auch wenn sie auf Nichtbewilligung des Rechtsvorschlages lauten, sind im Kanton Luzern rekursfähig (M VIII 251).

[7]) Gemäss Abänderungsgesetz vom 11. Mai 1932 wurde § 5, Ziff. 1 ZPO dahin abgeändert, dass zwischen provisorischer und definitiver Rechtsöffnung zu unterscheiden ist.

[8]) Verfügungen des Konkursgerichtes nach Art. 162 SchKG sind nicht rekursfähig (M VII 331).

Art. 166, 168, 169, 170, 172, 173[1]), 175, 189, 190, 191, 192[2], Art. 195, 196, 230, Abs. 1[3]), 231, Abs. 1 und 2, Art. 265[4]); und Art. 268 SchKG im Falle der Art. 171 und 172 als erste Instanz (nach Art. 174).

3. Für die Bewilligung von Arresten nach Art. 272 SchKG.

4. Für Erlasse von Ausweisungsbefehlen an Pächter und Mieter nach Art. 282 SchKG und für streitige Fälle bei heimlich oder gewaltsam aus der Retention des Vermieters oder des Verpächters fortgeschafften Gegenständen nach Art. 284.

5. Für das Nachlassverfahren gemäss Art. 293 und 294, Abs. 1[5]), Art. 295, 298, 304, 305, Abs. 3[6]), Art. 306[7]), Art. 310[8]), Art. 313,

---

[1]) Wurde der Konkurs eröffnet auf Grund von Konkursbegehren in ordentlichen Betreibungen und in Wechselbetreibungen, so kann auf Rekurse nach Art. 174 SchKG nicht eingetreten werden (M VIII 250). Entscheide, durch welche das Eintreten auf Konkursbegehren abgelehnt wird, unterliegen dem Rekurs nach Art. 174 SchKG (M VIII 249). Berufung gegen das Konkursdekret aus Art. 174 SchKG in M VIII 512. — Inbezug auf die Frage, ob Nova im Rekursverfahren zuzulassen seien oder nicht, war auch die luzernische Gerichtspraxis bisher schwankender Meinung. Nach M 862 aus dem Jahre 1940 schliesst sich das Obergericht der Auffassung von Goetzinger an (die Berufung gegen den Firmenkonkurs in Festgabe für Carl Wieland). Demgemäss ist die Berücksichtigung von Stundung, Tilgung oder Rückzug im zweitinstanzlichen Verfahren abzulehnen.

[2]) Da gegen die Entscheidung des Gerichtspräsidenten über die Verschiebung der Konkurseröffnung nach Art. 657 OR und Art. 192 SchKG das Rechtsmittel des Rekurses gegeben ist, kann die Anfechtung nicht auf dem Wege der zivilprozessualen Beschwerde nach § 282 ZPO Erfolg haben (M VIII 145). Konkursdekrete, die auf Grund einer Wechselbetreibung erlassen wurden, sind nicht rekursfähig (M VII 161).
Entscheide des Amtsgerichtspräsidenten nach Art. 657, Abs. 3 OR unterliegen dem Rekurs nach Art. 194 SchKG (M VII 272).

[3]) Gegen das Einstellungsdekret des Konkursgerichtes ist weder der Rekurs noch betreibungsrechtliche Beschwerde gegeben. Eine Anfechtung kann aber auf dem Wege der zivilprozessualen Beschwerde nach § 282 ZPO Erfolg haben (M VII 265). Entscheide des Amtsgerichtspräsidenten nach Art. 657, Abs. 3 OR unterliegen dem Rekurs nach Art. 194 SchKG (M VII 272). Entscheide des Konkursgerichtes können nicht auf dem Beschwerdewege, sondern nur mit dem Rekurs angefochten werden (M VII 148).

[4]) Entscheide, durch welche das Eintreten auf Konkursbegehren abgelehnt werden, unterliegen dem Rekurs nach Art. 174 SchKG (M VIII 249). Entscheide des Amtsgerichtspräsidenten über die Frage, ob der Gemeinschuldner zu neuem Vermögen gekommen sei, sind rekurrabel (M VIII 792). Rekurs im bäuerlichen Sanierungsverfahren: M 523 im Jahre 1936.

[5]) Zum Rekurse nach Art. 294 SchKG ist nur der Schuldner legitimiert.

[6]) Im Rekursverfahren müssen in neuerer Praxis die Voraussetzungen der Art. 305 und 306 SchKG grundsätzlich längstens bis zur mündlichen Verhandlung erfüllt sein (M VIII 710).

[7]) Rekurse nach 307 SchKG müssen genau substanziert werden (M VII 117).

[8]) Gegen Verfügungen nach Art. 310 und 313 SchKG ist das Rechtsmittel des Rekurses nicht gegeben (M VII 229).

315, Abs. 1 [1]), Art. 316, Abs. 1, 317, Abs. 3, im Falle der Art. 294, 305, Abs. 3 und 306 als erste Instanz (nach Art. 294, Abs. 2 und 307).

Die hier nach § 5 ZPO angeführten Artikel des SchKG erfahren nach § 362 ZPO zwei Einschränkungen, damit sie mit dem Rekurs weiterziehbar sind. Der Rekurs ist nur dann zugelassen, wenn

1. entweder der Gerichtspräsident als erste Instanz bezeichnet ist,

2. oder die Weiterziehung nach SchKG gestattet ist.

Nach § 5 des Abänderungsgesetzes vom 11. Mai 1932 zur Zivilprozessordnung erfährt § 5, Ziff. 1 ZPO eine Abänderung in dem Sinne, dass zwischen provisorischer und definitiver Rechtsöffnung zu unterscheiden ist.

Bei der provisorischen Rechtsöffnung ist der Gerichtspräsident erst- und letztinstanzlich bis zu Fr. 800.— [2]) und bei mehr als Fr. 800.— als erste Instanz [3]) zuständig.

Bei der definitiven Rechtsöffnung (Art. 80, Abs. 1) ist der Gerichtspräsident erst- und letztinstanzlich bis Fr. 200.— und bei mehr als Fr. 200.— erstinstanzlich zuständig.

Aus § 5, Ziff. 2 ZPO ist der Gerichtspräsident aus Art. 171 und 172 SchKG (oder nur aus Art. 174 SchKG) erstinstanzlich zuständig.

Aus § 5, Ziff. 5 ZPO ist der Gerichtspräsident aus Art. 306 und 307 SchKG (oder nur aus Art. 294, Abs. 2 SchKG) erstinstanzlich zuständig.

Rekursinstanz für die SchKG-Fälle des § 5 ZPO ist die SchKG-Kommission (§ 19 GO).

Für die Fälle des ZGB aus § 4, Ziff. 1, lit. a ZPO ist die Justizkommission Rekursinstanz (§ 16, Ziff. 4 GO).

---

[1]) Entscheide nach Art. 315 SchKG sind nicht durch betreibungsrechtliche oder zivilprozessuale Beschwerden, sondern nur durch Rekurs weiterziehbar (M VII 463).

[2]) Betrifft die Art. 77, Abs. 2 und 3, 84, 85, 107, Abs. 2, 181, 182, 183 SchKG

[3]) In erster Instanz ist der Gerichtspräsident und in zweiter Instanz die SchKG-Kommission zuständig aus Art. 77, Abs. 2 und 3, Art. 82, Abs. 2, 84, 85, 107. Abs. 2, 181, 182, 183 SchKG.

V. Die Formalien des Rekurses.

Ueber das Rekursverfahren heisst es in § 255 ZPO: «Eine Partei [1]), welche den Rekurs gegen erstinstanzliche Vorentscheide [2]) ergreifen will, hat dieses, sofern der Entscheid mündlich eröffnet wurde, sofort bei Eröffnung dem Gericht zu erklären und binnen 10 Tagen eine ihre Gründe enthaltene Rekursschrift bei der Obergerichtskanzlei einzureichen [3]). In allen anderen Fällen läuft die Rekursfrist von 10 Tagen vom Tage der Zustellung des motivierten Erkenntnisses an.»

§ 14. Die Rekursschrift.

ZPO und Praxis haben nur wenig Formerfordernisse für die Form der Rekursschrift statuiert. — In § 255 ZPO heisst es über die Rekursschrift: «Die Partei hat eine ihre Gründe enthaltene Rekursschrift bei der Obergerichtskanzlei einzureichen.»

Die Einreichung der Rekursschrift erfolgt im allgemeinen bei der Obergerichtskanzlei zu Handen des iudex ad quem (M VII 84).

Wenn jedoch die Rekursschrift nicht bei der Obergerichtskanz-

---

[1]) In jedem Zivilprozessverfahren müssen begrifflich wenigstens zwei Parteien in entgegengesetzten Rollen beteiligt sein, die ihre persönlichen, gegensätzlichen Interessen verfolgen. Sie sind am Ausgang des Verfahrens unmittelbar beteiligt. Die eine Partei verlangt gegen die andere die staatliche Rechtsschutzhandlung, insbesondere das Urteil (Matti, Lehrbuch S. 1060). Die luzernische ZPO behandelt die Parteien in den §§ 53—63. Nach luzernischem Gesetz kann jede Person, die handlungsfähig ist, in eigener Sache vor Gericht auftreten. Personen dagegen, welche nicht oder nur beschränkt handlungsfähig sind, müssen sich vor Gericht durch ihren gesetzlichen Vertreter insoweit vertreten lassen, als ihnen die freie Verfügungsgewalt fehlt (§§ 53—54). Zur Vertretung der Parteien sind alle jene Personen berechtigt, die nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1852 dazu berechtigt sind. In den §§ 57—63 behandelt die ZPO die Streitgenossenschaft und Klagenhäufung. In den §§ 57—62 behandelt die ZPO die solidarische und nicht solidarische Streitgenossenschaft, sowie die objektive und subjektive Klagenhäufung. In § 63 ZPO wird anschliessend noch die Vertetung der Streitgenossen behandelt.

[2]) Unter Vorentscheid versteht man den Entscheid, der einem Endurteil vorausgeht. Zwischen Vorentscheid und Entscheid besteht kein prinzipieller Unterschied; aus diesem Grunde sollte der Klarheit wegen nur von Entscheid, bzw. von Vorentscheid die Rede sein.

[3]) Einen Anschlussrekurs kennt die luzernische ZPO nicht (M V 99). Ebenso in der Zürcher ZPO § 342.

lei zu Handen der zuständigen Kammer oder Justizkommission eingereicht wurde, sondern unmittelbar bei einer bestimmten aber unzuständigen Kammer, so erwachsen der Partei daraus keine nachteiligen Folgen, da die Zuweisung der Geschäfte an die beiden Kammern des Obergerichtes oder an die Justizkommission von Amteswegen vorgenommen wird.

Die Rechtsschrift, in welcher das Rechtsmittel des Rekurses geltend gemacht wird, soll laut obergerichtlicher Praxis die Gründe enthalten, aus denen ersichtlich ist, warum der rekurrierte Entscheid angefochten wird (M VII 625). Diese in der Rekursschrift enthaltene Begründung hat zu allermindestens in dem Umfange zu geschehen, dass gegenüber denjenigen Erwägungen des angefochtenen Entscheides, die einer Ueberprüfung durch die Rekursinstanz unterstellt werden wollen, die Gegengründe angegeben werden müssen, die geeignet sein können, die erstrebte Abänderung der Erkenntnis in beantragtem Sinne herbeizuführen. Kurz, die Rekursschrift muss eine orientierende-materielle Begründung enthalten, aus der ersichtlich ist, warum der rekurrierte Entscheid angefochten wird.

Bezieht sich aber die Begründung in der Rekursschrift lediglich auf die Ausführungen in erster Instanz, so wird die Rekursinstanz auf die Rechtsschrift nicht eintreten, da sie als unzureichend angesehen wird (M VII 41, M VIII 578).

Als weiteres Erfordernis wird verlangt, dass die Rekursschrift [1]) vom Rekurrenten oder seinem Stellvertreter unterschrieben sei, andernfalls kann auf die mangelhafte Rechtsschrift nicht eingetreten werden (M VIII 638).

Die Rekurserklärung durch Telegramm ist statthaft, wenn die folgende Einreichung der Rekursschrift innert der gesetzlichen Frist vorgenommen wurde, im anderen Falle wird die Rekursschrift als unzureichend erachtet (M VII 84).

Ist die Rekursschrift beim Obergericht eingelangt, so ist die Amtsgerichtskanzlei verpflichtet, nach erfolgter Anzeige der Obergerichtskanzlei das gesamte Aktenmaterial, die Rechtsschriften und die Akten der Parteien, sowie das Protokoll über die Haupt-

---

[1]) Vergl. auch die §§ 99, 100, 147 ZPO.

und Beweisverhandlung im Original an die Obergerichtskanzlei einzusenden (§ 241 ZPO). Die Einforderung der Akten bei der Amtsgerichtskanzlei unterbleibt jedoch, wenn aus dem angefochtenen Entscheid alles klar ersichtlich ist.

§ 15. Die Rekursfrist.

Wurde den Parteien der erstinstanzliche Entscheid mündlich eröffnet, so muss die rekurrierende Partei nach sofortiger Rekurserklärung binnen 10 Tagen die Rekursschrift bei der Obergerichtskanzlei einreichen (§ 255, Abs. 1 ZPO).

In § 255, Abs. 2 ZPO werden «alle anderen Fälle» behandelt, worunter im Gegensatz zu den mündlichen eröffneten Entscheiden die schriftlich zugestellten Entscheide zu verstehen sind. Für diese gilt die Rekursfrist von 10 Tagen.

§ 255 ZPO muss dahin interpretiert werden, dass die Rekurserklärung sofort nach Eröffnung bzw. Zustellung des Entscheides beim urteilenden Gericht anzubringen ist. Dagegen ist die den Rekurs begründende Rechtsschrift innerhalb 10 Tagen nach Eröffnung bzw. Zustellung des Entscheides (Rekursfrist) bei der Obergerichtskanzlei einzureichen.

Die Formulierung des § 255, Abs. 1 ZPO lässt auf den ersten Blick die Meinung aufkommen, dass die Unterlassung der sofortigen Rekurserklärung eine Verwirkung des Rechtsmittels zu Folge habe. Allein, eine solche Wirkung konnte der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben. Die Bestimmung des § 255 ZPO verfolgt offensichtlich den Zweck, diejenige Partei, gegen welche der Entscheid lautet, zu einer klaren Stellungnahme zu veranlassen, und damit Komplikationen, die sich aus der Weiterführung des Prozesses ergeben können, zu verhindern. Bei negativen Kompetenzentscheiden können solche Komplikationen nicht vorkommen, und deshalb liegt hier auch kein Grund vor, die Parteien zu einer sofortigen Stellungnahme zu verpflichten. Diese Erwägung legt nahe, dass an die Missachtung der bezüglichen Bestimmung nicht schon der Verlust des Rechtsmittels geknüpft werden wollte. Dazu kommt noch,

dass eine solche tiefgreifende Wirkung in klarere Weise hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Trotzdem wäre es auch gerechtfertigt, an die Unterlassung der sofortigen Erklärung dieselbe Wirkung wie an die Unterlassung der rechtzeitigen Einreichung der Rekursschrift zu knüpfen, wenn die Anmeldung bei der Rekursinstanz zu erfolgen hätte. Jedoch wäre es offensichtlich zu weit gegangen, wenn man die Verwirkungsfolge schon mit der Versäumung der sofortigen Rekurserklärung bei der ersten Instanz verbinden wollte. Die Verwirkung tritt daher erst bei zu später Einreichung der Rekursschrift ein, nicht schon bei verspäteter Rekurserklärung (M VII 663). Dagegen bedeutet Weiterverhandeln ohne Erklärung den Verzicht auf das Rekursrecht (M III 650) [1]).

Die Rekursfrist ist eine gesetzliche Notfrist, was bedeutet, dass der Rekurs durch unbenützten Ablauf der Frist verwirkt ist und der Entscheid rechtskräftig wird.

Eine Erstreckung der Rekursfrist erwähnt die ZPO nicht. Sie darf daher auch nicht vermutet werden, weil sie nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, denn «gesetzliche Fristen sind nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen erstreckbar» (§ 79 ZPO).

Auch eine Wiedereinsetzung bei verwirkter Rekursfrist ist von Gesetz und Praxis nicht erwähnt, und gilt daher als ausgeschlossen.

Die Rekursfrist beginnt für die mündlich eröffneten Entscheide mit der Eröffnung des motivierten Entscheides zu laufen; sie läuft für jede Partei gesondert.

Für die schriftlich zugestellten Entscheide beginnt die Rekursfrist erst vom Tage der Zustellung des motivierten Entscheides an die Parteien zu laufen (M VIII 230).

Demgegenüber hat die mündlich nicht motivierte Eröffnung oder die Zustellung des blossen Dispositivs noch nicht die Ingangsetzung der Rekursfrist zur Folge. Bei dieser Art der Eröffnung kann sich die Partei lediglich entschliessen, ob sie sich mit dem gefällten Entscheid abfinden, oder ob sie dagegen rekurrieren will (M VII 268).

Sind in einem Prozess auch noch Dritte beteiligt, so ist auch für

---

[1]) Vergl. auch M VII 635.

sie der Beginn der Rekursfrist zu untersuchen. Für die Streitgenossen beginnt die Rekursfrist mit Eröffnung des motivierten Entscheides an diese zu laufen. Für Intervenienten, deren Parteirechte nur akzessorisch sind (§ 65 ZPO), gelten dieselben Fristen wie für ihre Hauptparteien (§ 66 ZPO). Dagegen beginnt für den streitgenössischen Intervenienten (§§ 72, 57 ZPO), der von der Hauptpartei unabhängig und selbständig handeln kann, die Frist gesondert von der Eröffnung bzw. von der Zustellung des motivierten Entscheides an zu laufen.

Die Berechnung der Rekursfrist ist nicht speziell geregelt, sondern erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften über die «Fristen und Ferien» § 77 ff. ZPO.

Demzufolge beginnt die Rekursfrist mit dem auf die Eröffnung bzw. Zustellung des motivierten Entscheides folgenden Tag zu laufen (§ 77 ZPO).

Im Falle, dass die Zustellung durch die Post an einem Sonn- oder Feiertag erfolgt, so gilt trotzdem der folgende Werktag als erster Tag der Frist.

Die Rekursfrist gilt als eingehalten, wenn die Rekursschrift bis 6 Uhr abends am letzten Tage der Frist bei der Obergerichtskanzlei eingereicht, oder bis Mitternacht, an deren Adresse gerichtet, einer eidgenössischen Poststelle übergeben wurde (§ 78, Abs. 1 und 2 ZPO).

Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Sonntag oder einen staatlich anerkannten Feiertag, so tritt der nächstfolgende Werktag an dessen Stelle (§ 78, Abs. 3 ZPO).

Die Zustellung des motivierten Entscheides an die Parteien kann durch das Obergericht auch durch die Post erfolgen.

In M V 724 hatte das Obergericht die Frage zu entscheiden, ob die Zustellung des motivierten Entscheides durch die Post unter Nachnahme die Frist auch dann eröffne, wenn der Destinatär die Annahme verweigerte. In konstanter Praxis hat das Obergericht erkannt, dass für die Prozessparteien keine Pflicht zur Annahme von mit Nachnahme belasteten Zustellungen bestehe, sondern jederzeit unbeschwerte Ausfolgung gerichtlicher Entscheidungen verlangt werden könne. Die Rückweisung der Nachnahme wurde vom Obergericht als berechtigt erklärt und geschützt. Die berechtigte Ver-

weigerung der Annahme vereitelt die Wirkung der Zustellung. Anderseits ist bei unberechtigter Annahme-Verweigerung die Zustellung als erfolgt und die Rekursfrist als eröffnet zu betrachten (M V 306).

Auch war zu untersuchen ob die Zustellung an die Vertreter der Parteien die Frist eröffne, oder ob die Parteien selbst in den Besitz des motivierten Entscheides gekommen sein müssen. Das Obergericht erklärte den allgemeinen prozessualen Grundsatz, wonach die Zustellung an den Prozessvertreter auch uneingeschränkte Wirkung für den Vertretenen hat, für die Eröffnung der Rekursfrist als anwendbar (M VII 230).

Erfolgt die Einreichung der Rekursschrift bei einer unzuständigen Instanz [1]), so hat das nicht die Unterbrechung der Rekursfrist zur Folge (M VII 635).

Damit dem allgemeinen Bedürfnis nach kürzeren Fristen entsprochen und eine raschere Prozesserledigung ermöglicht werden kann, hat der luzernische Gesetzgeber neben der 10-tägigen ordentlichen Rekursfrist noch das beschleunigte Verfahren mit seiner 5-tägigen Rekursfrist, als ausserordentliches Verfahren, den Parteien allgemein für dringliche Fälle zugänglich gemacht (§ 329 ZPO).

In diesem Verfahren müssen jedoch die Parteien nach § 329 ZPO in Verbindung mit § 81 ZPO jeweils durch das Gericht auf die verkürzten Fristen aufmerksam gemacht werden, da ein Verweis auf das Gesetz nicht genügt. Für den Fall, dass die ausdrückliche Anzeige unterlassen wird, gilt die ordentliche Rekursfrist von 10 Tagen.

Die Einhaltung der Rekursfrist wird durch die Rekursinstanz von Amteswegen geprüft. Stellt das Obergericht fest, dass die Frist verwirkt ist, so wird auf das Rekursgesuch nicht eingetreten, also ohne materielle Verhandlung zurückgewiesen.

---

[1]) Vergl. dazu § 14 dieser Arbeit.

VI. Die Wirkungen des Rekurses.

§ 16. Der Suspensiveffekt.

Wird ein Entscheid oder Urteil mit einem der in der ZPO gegebenen Rechtsmittel angefochten, so kann das ergriffene Rechtsmittel eine hemmende (suspensive) oder abwälzende (devolutive) Wirkung auslösen.

Die Wirkung des Suspensiveffektes besteht darin, dass sie die Rechtskraft eines Entscheides erster Instanz hemmt.

Mit der Ergreifung eines Rechtsmittels versucht eine Prozesspartei die Abänderung des Entscheides erster Instanz zu erlangen. Tritt nun dieser beabsichtigte Erfolg wirklich ein, so hat das zur Folge, dass der Richter erster Instanz alle Verfügungen, die er zum Vollzuge seines Entscheides getroffen hat, rückgängig machen muss. Um das zu vermeiden, hat man diese Wirkung ins Prozessrecht aufgenommen, damit der iudex ad quo, bei Ergreifung eines Rechtsmittels mit der Exekution innehalte oder was das Gleiche ist, dass die Sache in der bisherigen Lage bleibt, also die Rechtskraft des Entscheides suspendiert wird [1]).

Erwuchs aber der Entscheid in Rechtskraft dadurch, dass die für die Einlegung des Rechtsmittels bestimmte Frist unbenützt abgelaufen ist, so kann der Entscheid nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden.

In der luzernischen ZPO unterscheidet man zwischen Rechtsmitteln, denen der Suspensiveffekt von gesetzeswegen und solchen, denen er nach der Rechtssprechung zukommt. Zu den ersteren gehören die Appellation und die Kassation (§ 240 ZPO), zu den letzteren der Rekurs und die Beschwerde [2]), [3]), insofern das eidgenössische Recht nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Für das Rechtsmittel des Rekurses beginnt der Suspensiveffekt in dem Augenblick, wo die Rekurserklärung bei der ersten Instanz

---

[1]) Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozess 1869, S. 1057 ff.
[2]) Für die Beschwerde vergl. § 282, Abs. 2 ZPO.
[3]) Das Rechtsmittel der Revision richtet sich gegen ein vollzogenes Urteil. Ihm kommt daher kein Suspensiveffekt zu, vergl. dazu auch die Ausführungen in § 2.

eingelegt wurde. Der Suspensiveffekt kommt also nicht schon der Einlegemöglichkeit des Rechtsmittels, sondern erst der Einlegung selbst zu.

Seine normale Beendigung findet der Suspensiveffekt des Rekurses im Entscheid des Obergerichtes.

§ 17. Der Devolutiveffekt.

Der Devolutiveffekt besteht darin, dass nach eingelegtem Rechtsmittel die causa cognitio von dem Richter erster Instanz auf die Kammern des Obergerichtes oder die Justizkommission übergeht, d. h. dass nur diese sowohl über die Zulässigkeit des ergriffenen Rechtsmittels, als auch über den Grund desselben zu entscheiden berechtigt sind [1]).

Der Devolutiveffekt bewirkt, dass der durch die Rekurserklärung erfasste Entscheid einschliesslich des Verfahrens zur nochmaligen Ueberprüfung überwälzt wird [2]).

In der luzernischen ZPO kommt nur den beiden ordentlichen Rechtsmitteln, nämlich der Appellation und dem Rekurs, Devolutiveffekt zu [3]), [4]).

Gemäss den führenden Anschauungen in der Rechtswissenschaft ist der Devolutiveffekt beim Rechtsmittel der Appellation wesentlicher Bestandteil (§ 243 ZPO).

Auch dem Rechtsmittel des Rekurses wird gemäss Entstehung [5]) und laut Gesetz Devolutiveffekt zuerkannt. Wenn es in § 253 ZPO heisst: «Der Rekurs ist das Rechtsmittel, durch welches eine Partei beim Obergericht die Abänderung von erstinstanzlichen Erkenntnissen über Vorfragen nachsucht», so ist damit auch ausgedrückt, dass wenn die Rekursinstanz eine Ueberprüfung des erstinstanzli-

---

[1]) Bayer, Zivilprozess S. 1062.
[2]) Matti, Lehrbuch S. 1119.
[3]) Bezüglich den Devolutiveffekt beim Rekurs in der zürch. ZPO heisst es in § 336: «Mit dem Rekurs können alle Mängel des Verfahrens als auch des angefochtenen Entscheides gerügt werden.
[4]) Den Rechtsmitteln der Kassation, Revision und der Beschwerde kommt kein Devolutiveffekt zu, da sie nur für bestimmte Mängel des Urteils berechnet sind.
[5]) Vergl. die Ausführungen dazu in § 3.

chen Entscheides vornehmen soll, praktisch eine Ueberwälzung an die obere Instanz stattfinden muss. Die Ueberwälzung besteht darin, dass Entscheid und Verfahren der ersten Instanz zur Neubeurteilung an die obere Instanz gelangen.

Die Devolutivwirkung beginnt für den Rekurs mit der Einlegung der Rekurserklärung bei der ersten Instanz. Sie findet ihre normale Beendigung mit der Beurteilung durch die Rekursinstanz im Rekursentscheid. Der Entscheid wird mit der mündlichen Eröffnung oder mit der schriftlichen Zustellung an die Parteien rechtskräftig und hat nach der herrschenden Ansicht keine rückwirkende Kraft [1], [2].

VII. Der Inhalt des Verfahrens vor zweiter Instanz.

§ 18. Die Nachprüfungsbefugnis des Obergerichtes.

Als Inhalt des Verfahrens vor zweiter Instanz bezeichnet man die dem Rekursgericht übertragene Nachprüfungsbefugnis [3].

Der Inhalt des Verfahrens beruht auf dem Devolutiveffekt des Rekurses, der kraft Novenrechtes durch die Parteien noch erweitert werden kann.

Die Nachprüfungsbefugnis des Rekursgerichtes kann sich grundsätzlich auf die ganze richterliche Tätigkeit, d. h. sowohl auf die Tat- als auch auf die Rechtsfrage oder auch nur auf einen Teil derselben beziehen. Den Kammern des Obergerichtes bzw. der Justizkommission stehen also prinzipiell dieselben prozessualen Befugnisse zu wie der ersten Instanz, deren Aufgabe darin bestand, den Tatbestand festzustellen und ihn unter einen Rechtssatz zu subsumieren.

In der Rekursinstanz wird grundsätzlich der gleiche Prozeßstoff wie in der ersten Instanz behandelt; Veränderungen desselben

---

[1]) Nach einem Zwischenentscheid sind sämtliche Akten an das erstinstanzliche Gericht zurückzusenden (§ 242 ZPO).
[2]) Vergl. bezüglich appellabler, nicht rekursfähiger Vorentscheide M VII 47.
[3]) Erlanger, Appellation in § 11 A.

dürfen nur unter Vorbehalt des Klageänderungsverbotes vorgenommen werden. Somit hat die Rekursinstanz prinzipiell den gleichen Tatbestand zu beurteilen wie die erste Instanz, weshalb es deren Tatbestandsfeststellungen seinem Entscheid zu Grunde legen kann. Die Rekursinstanz ist jedoch befugt, die Tatbestandsfeststellungen der ersten Instanz auf Parteiantrag hin oder von sich aus zu prüfen und Mängel, die es in den von der Vorinstanz erhobenen Beweisen konstatiert, zu beheben. Deswegen steht es der Rekursinstanz auch zu, relevante Beweiserhebungen selbst anzuordnen [1]).

Beantragen die Parteien Beweiserhebungen oder neue rechtliche Ueberprüfungen von Vorfragen, so ist solchen Begehren nur dann stattzugeben, wenn die Parteien ein rechtliches Interesse daran haben, das durch die Rekursinstanz zu schützen ist.

Bei der rechtlichen Ueberprüfung ist das Obergericht an die Parteianträge gebunden. Dagegen sind die rechtlichen Erwägungen der Parteien in der Rekursschrift nicht bindend für die Rekursinstanz, sie kann also die Rechtsanwendung selbständig vornehmen. Auch kann die Rekursinstanz aus einem anderen Grunde als dem von den Parteien oder der Vorinstanz ausgenommen zu einem Entscheid gelangen, der demjenigen der Vorinstanz, beziehungsweise den Anträgen der Parteien, inhaltlich gleich ist [2]). In der Mehrzahl der Fälle wird aber das Rekursgericht zu einem anderen Entscheid gelangen, wenn es eine andere Begründung als zutreffend erachtet.

Bei der rechtlichen Beurteilung hat das Obergericht oft die Frage zu prüfen, ob nicht die Parteibegehren in zu sorgloser Anwendung des Novenrechtes das Verbot der Klagefundamentsänderung überschreiten. Diese Frage ist schwer zu beantworten. Es wird deshalb im Folgenden das Verhältnis von Klageänderungsverbot und Novenrecht grundsätzlich behandelt.

---

[1]) Es kann sich hierbei um Beweise handeln, die die Vorinstanz als unerheblich zurückgewiesen hatte, oder die sie gar nicht kannte, sowie auch um solche, die aus technischen Gründen nicht im erstinstanzlichen Verfahren erbracht werden konnten.

[2]) Weiss, Berufung S. 286 ff.

§ 19. Das Verbot der Aenderung des Klage- und Antwortgrundes [1]).

Unter Klageänderung versteht man die Veränderung dessen, was die Klageschrift als wesentlichen Bestandteil enthalten muss [2]).

Mit dem Klageänderungsverbot wird bezweckt, dass die Prozessparteien im Laufe des Prozesses ihre gegenseitigen rechtlichen Angriffe oder Tatbestände nicht grundlegend verändern. Es soll also verhindert werden, dass dem Klage- und Antwortfundament die Individualität des Klageanspruches entzogen wird.

Im gemeinen Recht wurde der Begriff der Klageänderung sehr eng gefasst, da dieses vom Eventualprinzip beherrscht wurde [3]). Der Kläger hatte in der Klage alle die Tatbestände zu nennen, auf die er seinen Anspruch stützen wollte. Im Laufe des Verfahrens durfte er dann seinen Anspruch weder ändern, noch mit wesentlichen neuen Tatbeständen begründen. Es war also die Aenderung der causa, des Klagegrundes verboten. Dieses Gebot des gemeinen Rechtes ist so zu verstehen, dass ein Wechsel des Angriffsmittels unzulässig war [4]).

Nach § 121, Abs. 3 ZPO ist die Aenderung des Klagegrundes unzulässig. Dieser Grundsatz findet auch im Rekursverfahren Anwendung (M VII 210). Wegen des Prinzipes der Schriftlichkeit im Rekursverfahren werden die Klagebegehren nur in der Rekursschrift vom Klageänderungsverbot betroffen.

Gemäss obergerichtlicher Praxis ist Klagegrund oder Klagefundament [5]) die rechtsbegründende Tatsache, d. h. eine Tatsache, die geeignet ist, vom Richter einer bestimmten Rechtsnorm unterstellt zu werden; die Beziehung zu einer bestimmten Rechtsnorm macht nicht einen wesentlichen Bestandteil des Klagefundamentes aus (M VII 237).

Das Verbot des Klage- und Antwortgrundes wurde vom Obergericht dahin einschränkend ausgelegt, als die veränderte Rechts-

---

[1]) Beziehungsweise das Verbot des Klage- und Antwortfundamentes. Im Folgenden wird der Kürze halber nur von Klageänderung gesprochen.
[2]) Hellwig, System des dtsch. Zivilprozesses S. 373.
[3]) Schmidt, Lehrbuch des dtsch. Zivilprozesses S. 824 ff.
[4]) Die luzernische ZPO hat das Eventualprinzip nicht übernommen.
[5]) Was vom Klagefundament gilt, muss in gleicher Weise vom Antwortfundament gelten (M VII 237).

norm sich dem Tatbestand ohne Veränderung der ihm in der Klage gegebenen Individualität anpassen muss.

Hieraus folgt, dass ein Verstoss gegen das Klageänderungsverbot dann vorliegt, wenn die veränderte Rechtsnorm, die dem Tatbestand in der Klage gegebene Individualität beeinflusst, wenn also die Rechtsnorm sich der Individualität des Klagetatbestandes nicht anpasst (M VII 237).

Wann diese Anpassung gegeben sei und wann nicht, ist oft schwer zu entscheiden. Wird der Anspruch in der Klage aus Dienstvertrag und hernach aus Werkvertrag abgeleitet oder zunächst aus Miete und hernach aus Pacht, so liegt in dieser rechtlich veränderten Stellungnahme jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle keine Veränderung der dem Tatbestande in der Klage gegebenen Individualität vor. Dagegen ist als unzulässige Veränderung des Klagefundamentes bezeichnet worden die Berufung in der Appellationsbegründung auf Schenkung als Erwerbsgrund zur Stützung des Eigentumsanspruches auf Vindikationsobjekte, während in der Klage selbst als solcher ein Kaufgeschäft geltend gemacht worden war (M VI 292, VI 369). In der deutschen Literatur wird als unzulässige Klageänderung unter anderem betrachtet, wenn bei Forderungsrechten ein neuer Entstehungsgrund geltend gemacht wird, ferner wenn die Anfechtung eines Vertrages zunächst wegen Betruges und nachher wegenMängel erfolgt [1]). In allen diesen Fällen läuft die Aenderung der Rechtsbeziehung gleichzeitig auch auf eine Veränderung der dem Tatbestand in der Klage gegebenen Individualität und damit auf eine Aenderung des Klagefundamentes hinaus.

Innerhalb der vom Obergericht gegebenen Definition der Klageänderung sind neue Tatsachen insofern zugelassen, als sie zum selben Tatsachenkomplex gehören und derselben rechtlichen Beziehung unterstehen, auf die die Klage gestützt wird (M VII 315).

Inwieweit es sich bei Anbringen von Nova nur um die blosse Ergänzung des Klagebegehrens oder um die unzulässige Aenderung des Klagefundamentes handelt, ist durch die Rekursinstanz von Amteswegen zu untersuchen (M VII 157). Das Klageänderungsverbot

[1]) Vergl. Gaupp-Stein, die ZPO für das deutsche Reich, S. 614.

bildet eine Schranke für das Novenrecht, das nachfolgend behandelt werden soll.

§ 20. Das Novenrecht.

Das Recht der Parteien, in zweiter Instanz neue Beweismittel oder Tatsachen vorzubringen, wird allgemein als Novenrecht bezeichnet. Es besteht im Interesse der Verfahrensökonomie und kommt dem öffentlichen Interesse an der materiellen Richtigkeit richterlicher Entscheidungen entgegen.

Das gemeine Recht erklärte ursprünglich Nova in der Rechtsmittelinstanz für zulässig. Damit diese angebracht werden konnten, musste der Rekurrent den Noveneid schwören, d. h. bezeugen, dass es ihm nicht möglich gewesen sei, die Nova früher anzubringen [1]).

In der luzernischen ZPO ist das Novenrecht uneingeschränkt zulässig. Durch bestimmtes Verhalten der Parteien kann es jedoch illusorisch werden: so durch gerichtliches Geständnis, Anerkennung und Verzicht (M VI 376, VII 235).

Nova im Sinne der ZPO sind:

a) neue Tatsachen,

b) neue Beweismittel.

Neu sind alle Tatsachen und Beweismittel, die im bisherigen Verfahren, ohne dass darauf verzichtet worden wäre, nicht geltend gemacht, oder obschon geltend gemacht, nicht berücksichtigt worden sind (M VII 235).

Nova sind nach ständiger Praxis in jedem Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens und auch noch im Rekursverfahren innert der Rekursfrist [2]) zulässig [3]), [4]). Allein, diese Befugnis findet eine

---

[1]) Bayer, Zivilprozess S. 1022.

[2]) Nova sind von der rekurrierenden Partei innert der Rekursfrist von der Gegenpartei innert der Vernehmungsfrist des § 257 ZPO aufzulegen (vorbehältlich § 17 Anwendungsgesetz zum SchKG).

[3]) Wenn einer Partei vor erster Instanz nicht Gelegenheit gegeben wird, von den von der Gegenpartei nachträglich dort selbst noch produzierten Akten Einsicht zu nehmen, so liegt darin keine Verletzung prozessualer Vorschriften, weil die Partei im zweitinstanzlichen Verfahren noch genügend Gelegenheit hat, zu den fraglichen Schriftstücken Stellung zu nehmen (M III 233, M VII 85).

[4]) Siehe bei Fussnote S. 74.

Schranke in der Vorschrift des § 121 ZPO, wonach die Aenderung des Klagegrundes nicht statthaft ist. Diese Bestimmung gilt in erster Linie im Prozess vor Amtsgericht und Obergericht für die Prozesshauptsache. Sie ist aber auch analog für die mit der Hauptsache verbundene Nebensache anwendbar, da die Hauptsache nicht von der Nebensache getrennt werden kann (M VII 210).

Werden die Beweismittel in der Rekursinstanz nicht aufgelegt, so hat diese auf die unangefochtenen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abzustellen (M VII 108) [1]).

Abschliessend ist zu sagen, dass die Praxis des luzernischen Obergerichtes dahin tendiert, den Gebrauch des Novenrechtes zu erleichtern, wodurch oft vermieden werden kann, dass die Parteien von Neuem prozedieren müssen.

VIII. Das Verfahren vor zweiter Instanz.

§ 21. Die Form des Verfahrens.

Der Gesetzgeber hatte bei der Regelung des Verfahrens vor zweiter Instanz die Wahl zwischen den Prinzipien der Schriftlichkeit und der Mündlichkeit [2]).

Das Prinzip der Schriftlichkeit äussert sich darin, dass alle Erklärungen der Parteien schriftlich zu erfolgen haben, und das Ge-

---

[1]) Nach mehrmaliger Aenderung der bundesgerichtlichen und der luzernischen Praxis sind nach M 862 aus dem Jahre 1940 Nova in Rekursfällen *) aus SchKG nicht mehr zugelassen. Die SchKG-Kommission legte dieser Entscheidung betreibungsrechtliche Erwägungen zu Grunde. Sie gelangte im Anschluss an die Abhandlung von Goetzinger (Die Berufung gegen den Firmenkonkurs, in Festgabe für Carl Wieland, S. 127 ff.), zur Auffassung, dass die Berücksichtigung von Stundung, Tilgung oder Rückzug im zweitinstanzlichen Verfahren abzulehnen ist.

*) In den Fällen, wo nach SchKG die Berufung zugelassen ist, muss nach § 14 Anwendungsgesetz zum SchKG der Rekurs ergriffen werden.

[1]) Immerhin ist es gerechtfertigt, die unentschuldigte Unterlassung der Vernehmlassung in erster Instanz im rekursinstanzlichen Kostenanspruch zu berücksichtigen (M VIII 233).

[2]) Schmidt, Lehrbuch S. 439 ff.

richt nur gestützt auf diese Schriftstücke und die Akten der Vorinstanz seinen Entscheid fällt, ohne dass eine mündliche Vernehmlassung der Parteien stattgefunden hätte.

Das Prinzip der Mündlichkeit dagegen äussert sich darin, dass den Parteien der mündliche Parteivortrag zu Gebote steht, als Mittel der Erklärung an das Gericht. Das Rechtsmittelgericht berücksichtigt demnach im Rechtsmittelverfahren nur solche Akten des Verfahrens vor erster Instanz, auf die die Parteien im mündlichen Vortrag verwiesen haben. Im rein mündlichen Verfahren gilt dies auch dann, wenn in Anbetracht des umfangreichen Streitmaterials ein vorbereitender Schriftenwechsel stattfand. Es ist möglich, dass neben dem Grundsatz der Mündlichkeit noch der der Unmittelbarkeit zur Anwendung kommt, wonach die mündliche Parteiverhandlung oder die Beweisaufnahme vor dem urteilenden Gericht selbst zu erfolgen hat.

Die Prinzipien der Mündlichkeit und Schriftlichkeit dienen der Verwirklichung verschiedener berechtigter Interessen, die sich nicht gegenseitig ausschliessen müssen: die Mündlichkeit gestattet dem Richter, den Tatbestand möglichst wahrheitsgemäss in Erfahrung zu bringen, dient also dem Interesse der Wahrheit. Die Schriftlichkeit birgt zwar die Gefahr des Formalismus in sich, gewährleistet aber die beste Uebersicht über den ganzen Prozeßstoff und dient so dem Interesse der Gründlichkeit. Ausserdem besteht aber das Interesse an der raschen Prozesserledigung, das meist als Hauptargument für eine Neuregelung des Verfahrens benutzt wird und das den beiden erstgenannten nicht leicht gleichzeitig gerecht werden kann. Sache des Gesetzgebers ist es nun, sich zu entscheiden, ob er im Interesse der Wahrheit und Gründlichkeit unter Umständen auf rasche Prozesserledigung verzichten will, oder ob er sie höher bewertet als Wahrheit und Gründlichkeit.

Im gemeinen Recht herrschte das Prinzip der Schriftlichkeit, das durch das kanonische Recht weiter entwickelt worden war.

Die luzernische ZPO hat für das Verfahren vor erster Instanz die Mündlichkeit stärker betont als im Rechtsmittelverfahren.

Laut Gesetz (§ 255 ZPO) und Praxis des Obergerichts gilt für das Rekursverfahren das Prinzip der Schriftlichkeit, welches analog dem schriftlichen Verfahren vor Amtsgericht ist, — jedoch im

Interesse der Beschleunigung des Verfahrens — in abgekürzter Form gilt.

Wegen des Prinzipes der Schriftlichkeit und wegen des Devolutiveffektes des Rekurses hat die zweite Instanz im Zweifel sämtliche Akten des erstinstanzlichen Verfahrens zu berücksichtigen. Sie hat also ihrem Entscheid den Tatbestand, der sich aus diesen Akten ergibt, zu Grunde zu legen, insofern dieselben vollständig sind.

Das Verfahren vor der Rekursinstanz beschränkt sich auf die Rekursschrift und auf die schriftliche Vernehmlassung der Gegenpartei (§ 257 ZPO). Eine Replik ist im Gegensatz zum Verfahren vor erster Instanz [1]) im Rekursverfahren, entsprechend dem schriftlichen und summarischen Charakter dieses Verfahrens, nicht zulässig (M VII 85).

§ 22. Die Vorprüfung der Rekursschrift durch das Obergericht.

In § 256 ZPO heisst es über die Vorprüfung des Rekurses: «Das Obergericht wird vorerst das Rekursgesuch prüfen, und wenn der Fall nicht rekursfähig oder die Rekursfrist verwirkt ist, auf dasselbe nicht eintreten, oder wenn der Rekurs schon an sich als gänzlich unbegründet erscheint, denselben ohne Einvernahme der Gegenpartei abweisen.»

Grundsätzlich werden alle Rekursgesuche einer Vorprüfung unterzogen. Diese wird von der zuständigen Rekursinstanz vorgenommen, nachdem die Rekurserklärung bei der ersten Instanz erhoben und die Rekursschrift bei der Obergerichtskanzlei eingereicht wurde, und die Originalakten von der Gerichtskanzlei bei der Obergerichtskanzlei eingelangt sind (§ 241 ZPO).

Diese Vorprüfung ist aus Gründen der Prozessökonomie eingeschoben, damit nicht vor dem Obergericht Fälle zur Verhandlung gelangen, die von vornherein wegen formeller Mängel als unzulässig gelten. Aber auch aus Gründen der Prozessverschleierung, oder

[1]) Ob die erste Instanz aus der Auflegung neuer Akten Veranlassung nehmen will, dem Gesuchsteller eine Replik zu gewähren, ist eine Frage des Ermessens.

wegen Versuchen der Parteien, den Prozess zu verlangsamen, soll der Fall einer Vorprüfung unterzogen werden [1]).

§ 256 ZPO unterscheidet folgende drei Kategorien von Tatbeständen, die von der Vorprüfung betroffen werden:

1. Fälle, die nicht rekursfähig sind;
2. Fälle, bei denen die Rekursfrist verwirkt ist;
3. Fälle, bei denen der Rekurs schon an sich als gänzlich unbegründet erscheint.

Bei den unter Ziff. 1 genannten Fällen handelt es sich um solche, die nicht von der ZPO ausdrücklich als rekursfähig erklärt sind (§ 254 ZPO), oder bei denen die Voraussetzungen nach Gesetz und Praxis fehlen [2]) [3]). Dabei ist zu beachten, dass das Obergericht beim Vorliegen bestimmter Tatbestände die Rekursfähigkeit ausdrücklich verneint hat.

Für diese Kategorie findet in der Regel einfacher Schriftenwechsel statt, d. h. die Rekursinstanz wird nach Prüfung der Rekursschrift auch die Gegenpartei schriftlich einvernehmen. Die Einvernahme der Gegenpartei unterbleibt jedoch, wenn sie sich nach der Aktenlage als überflüssig erweist.

Handelt es sich aber um einen Tatbestand, der aus obigen Gründen nicht als rekursfähig erachtet wird, so beschliesst die Rekursinstanz Nichteintreten [4]) [5]).

---

[1]) Auch die zrch. ZPO sieht im Rekursverfahren eine Vorprüfung vor, denn es heisst dort, dass nur Fälle zugelassen werden sollen, die nicht sofort als unbegründet erscheinen (§ 341).

[2]) Vergl. dazu die Ausführungen in §§ 13 und 14.

[3]) Z. B. wenn die Parteien das falsche Rechtsmittel ergriffen haben.

[4]) Beschliesst die Rekursinstanz Nichteintreten, so erwächst der erstinstanzliche Entscheid in Rechtskraft.

[5]) Bezügl. nachstehender Fälle hat die Rekursinstanz Nichteintreten beschlossen:
Kostenbestimmungen können abgesondert auf dem Wege des Rekurses nicht weitergezogen werden (M IV 403).
Es geht nicht an, eine erstinstanzliche Erkenntnis sukzessive zum Gegenstand mehrerer Rechtsmittel zu machen (M VII 23).
Konkursdekrete, die auf dem Wege einer Wechselbetreibung erlassen wurden, sind nicht rekursfähig (M VII 161).
Gegen Entscheide des Gerichtspräsidenten auf Armenrechtsentzug ist der Rekurs nicht zulässig (M VII 680).
Gegen erstinstanzlich zugelassene Schutzbehauptungen ist der Rekurs nicht zulässig (M VIII 209).
Rekurse, die sich ausschliesslich gegen das Kostendispositiv eines Entscheides richten oder die ihrer Substanzierung nach nur auf eine Abänderung des Kostendispositivs gehen, sind unzulässig (M VII 215).

Die in Ziff. 2 erwähnten Fälle betreffen solche, bei denen die Rekursfrist verwirkt ist (§ 255 ZPO), was zutrifft, wenn die Rekursschrift binnen 10 Tagen nach Eröffnung bezw. nach Zustellung (§ 255, Abs. 2 ZPO) des erstinstanzlichen Entscheides bei der Obergerichtskanzlei nicht eingelangt ist [1]).

Beim Vorliegen dieses Tatbestandes findet nur ausnahmsweise einfacher Schriftenwechsel statt. Im allgemeinen wird die Rekursinstanz wegen dieses Grundes ohne weiteres Nichteintreten beschliessen, da es sich um einen offensichtlichen Mangel eines Formerfordernisses handelt.

Die in der letzten Kategorie behandelten Tatbestände betreffen solche, bei denen der Rekurs schon an sich als gänzlich unbegründet erscheint. Darunter sind alle jenen Fälle zu rechnen, die nicht den genannten zwei Kategorien (§§ 254 und 255 ZPO) eingeordnet werden können. Ausserdem kann ein Rekurs auch dann als gänzlich unbegründet erklärt werden, wenn Form und Inhalt der Rekursergreifung mangelhaft und unzulässig sind.

Beim Vorliegen dieses Tatbestandes wird die Gegenpartei nicht einvernommen. Die Rekursinstanz wird in der Regel Rekursabweisung erklären, was zur Folge hat, dass der Rekurs nicht mehr behandelt wird.

§ 23. Die Erledigung des Rekurses.

Ueber die Erledigung des Rekurses heisst es in § 257 ZPO: «In allen übrigen Fällen teilt das Obergericht die Rekursschrift der Gegenpartei zur schriftlichen Vernehmlassung innert 10 Tagen mit. Langt innert dieser Frist eine Vernehmlassung nicht ein, so entscheidet das Obergericht nach den Anbringen des Rekurrenten auf Grund der Aktenlage.»

Hat die Rekursinstanz den rekurrablen Fall gemäss § 256 ZPO einer Vorprüfung unterzogen und dabei summarisch festgestellt, dass:

---

[1]) Vergleiche dazu § 15 dieser Arbeit.

a) derselbe rekursfähig ist,
b) die Rekursfrist eingehalten ist und
c) derselbe nicht als gänzlich unbegründet erscheint, so wird sie auf die rekursfähige Sache eintreten.

Die Rekursinstanz sendet daraufhin die vom Rekurrenten verfasste Rekursschrift an die Gegenpartei zur schriftlichen Vernehmlassung [1]). Die Oppositionsschrift muss innerhalb 10 Tagen [2]) nach Erhalt bei der Rekursinstanz eingelangt sein, anderenfalls wird der Rekurs nur nach dem vom Rekurrenten in der Rekursschrift gestellten Anträgen und auf Grund der Aktenlage behandelt.

Handelte es sich bei dem rekursfähigen Tatbestand um Vorfragen im Sinne des § 253 ZPO, so wird die Rekursinstanz nach Beurteilung desselben sämtliche Akten an das erstinstanzliche Gericht zurücksenden (§ 242, Abs. 1).

Wenn der Rekurs jedoch endgültig von der Rekursinstanz beurteilt wurde, werden die amtlichen Akten, inbegriffen die Rechtsschriften, an das erstinstanzliche Gericht zurückgesandt; die Parteiakten dagegen werden den Anwälten bzw. den Parteien zurückgesandt (§ 242/2 ZPO).

IX. Das Produkt und die Kosten des Rekursverfahrens.

§ 24. Das Produkt des Verfahrens.

Der Rekursentscheid, der nach Beendigung der Rekursverhandlung gefällt wird, bildet den normalen Abschluss des Rekursverfahrens.

Die Rekursinstanz kann einen Rekurs abschreiben. Eine Abschreibung wird dann vorgenommen, wenn der Rekurs von den

---

[1]) Es findet keine Replik statt.
[2]) Die Oppositionsfrist ist wie die Frist nach § 255 ZPO Verwirkungsfrist, d.h. nach Ablauf der 10-tägigen Frist gilt die Frist als verwirkt.

Parteien zurückgezogen wird [1]). Eine Abschreibung des Rekurses findet auch dann statt, wenn eine Partei den Prozessabstand erklärt, oder wenn es zwischen den Parteien zu einem Vergleich oder schiedsgerichtlichen Urteil kommt [2]). Auch ist eine Abschreibung dann möglich, wenn eine der Parteien wegfällt, die Legitimation verliert, oder wenn der Prozessgegenstand dahinfällt.

Die ZPO enthält keine Vorschriften wie der Abschreibungsbeschluss zu fassen sei.

Erfolgt der Abschreibungsbeschluss infolge Rückzuges des Rekurses, so wird dadurch die Rechtskraft des erstinstanzlichen Entscheides bewirkt.

Wenn der Abschreibungsbeschluss infolge Vergleiches oder eines Schiedsurteiles erfolgt, so bewirkt das deren gleichzeitige Rechtskraft, wenn es die Parteien vereinbart haben.

Die Rekursinstanz kann ferner beschliessen, auf den Rekurs nicht einzutreten. Dies liegt dann vor, wenn es sich um einen nicht rekursfähigen Fall handelt, oder wenn die Rekursfrist verwirkt ist (§ 256 ZPO).

Nichteintreten wird beschlossen bei Fehlen der objektiven oder subjektiven Zulässigkeitsvoraussetzungen. Der Nichteintretensentscheid ist ein Entscheid über das Rechtsmittel, nicht über die Sache [3]).

Ausserdem kann die Rekursinstanz Abweisung des Falles vornehmen, wenn der Rekurs der Form oder dem Inhalte nach als gänzlich unbegründet erscheint. Die Abweisung kann ganz oder teilweise geschehen.

Über die Form des Rekursentscheides sei per analogiam auf § 239 ZPO verwiesen: «Das schriftliche Urteil soll enthalten: Die genaue Bezeichnung der Parteien, eine gedrängte Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse, die Erwägungsgründe (Motive) und den Rechtsspruch (das Dispositiv), ferner das Datum und die Unterschriften

---

[1]) § 247 ZPO erwähnt den Rückzug ohne ihn speziell zu normieren, sodass er den allgemeinen Prozessgrundsätzen untersteht. Es ist also irrelevant, ob schon eine Parteiverhandlung stattgefunden habe. Immerhin muss das Rückzugsrecht vor Ausfällung des Entscheides ausgeübt werden.

[2]) Rückzug, Abstand und Vergleich sind bis zur Entscheidfällung möglich.

[3]) Wenn aber die objektiven und subjektiven Voraussetzungen gegeben sind, so wird die Rechtsmittelinstanz Zusprechung beschliessen.

des Präsidenten und des Gerichtsschreibers. Handelt es sich um das Urteil einer oberen Instanz, so kann bezüglich der tatsächlichen Verhältnisse sowie der Erwägungsgründe auf das Urteil der unteren Instanz Bezug genommen werden.»

§ 25. Die Prozesskosten des Verfahrens.

Unter Prozesskosten versteht man im allgemeinen die Aufwendungen, die die Parteien aus Anlass und zum Zweck der Prozessführung vor oder während des Prozesses machen [1]).

Die Prozesskosten und deren Verteilung werden im VI. Titel in den §§ 296 ff. der ZPO normiert.

Bei den Prozesskosten lassen sich die Gerichts-, Anwalts- und Parteikosten unterscheiden. Dazu werden die Zeugen- und Expertenkosten separat aufgezählt [2]).

Aus §§ 297, 299—301 ZPO geht hervor, dass diese Regelung der Prozesskosten nicht nur vor erster, sondern auch vor zweiter Instanz Geltung hat. Die Höhe der Prozesskosten bestimmt sich

a) nach dem «Gesetz betreffend die Kosten bei Zivil- und Strafprozessen», das der Regierungsrat 1922 erliess und nach den dazugehörigen Abänderungsgesetzen [3]) aus den Jahren 1932 und 1938;

b) nach der vom Obergericht 1937 erlassenen «Verordnung über die Entschädigung der Zeugen, Sachverständigen, Parteien und Anwälte» [4]).

Die Gerichtskosten im Sinne von § 296 ZPO setzen sich zusammen aus Gerichtsgebühren und Auslagen. Unter Gerichtsgebühren sind zu verstehen die Vergütungen, die der Staat für die Ver-

---

[1]) Stein, Grundriss der ZPR, S. 354 ff.

[2]) Die bernische ZPO dagegen zählt die Beweiskosten zu den Gerichtskosten.

[3]) Gesetz betreffend die teilweise Abänderung des Gesetzes über die Gerichtsorganisation und ZPO vom 28. Januar 1913, sowie des Gesetzes betreffend der Kosten bei Zivil- und Strafprozessen vom 17. Oktober 1922 und vom 11. Mai 1932 (Gesetzessammlung Bd. VII, 11 S. 383).
Gesetz betreffend Abänderung des Gesetzes über die Gerichtsorganisation und die ZPO vom 28. Jan. 1913, des Gesetzes betreffend der Kosten bei Zivil- und Strafprozessen vom 17. Juli 1922 und des Abänderungsgesetzes zu letzterem Gesetz vom 11. Mai 1932 (Vom 11. Mai 1938). (Gesetzessammlung Bd. VII, 12 S. 180).

[4]) Verordnung des Obergerichtes vom 12. Februar 1937 (Gesetzessammlung VII 12 S. 104).

waltung der Justiz von den Parteien in Anspruch nimmt, sie werden nach dem Gebührentarif des Kostengesetzes berechnet [1]). Immerhin ist dem Richter gestattet, innerhalb des gesetzlichen Rahmens die Gebühr nach Ermessen festzusetzen. Die Auslagen des Gerichtes sind diesem durch die Parteien zu ersetzen [2]).

Die Zeugen und Experten haben Anspruch auf Bezahlung und Ersatz ihrer Auslagen durch das Gericht, welches dann bei der Kostenfestsetzung die Parteien mit diesen Kosten belastet. Wo die Parteien Zeugen und Experten beantragen, haben sie auf Verlangen des Gerichtes für die entstehenden Kosten Vorschuss zu leisten. Sie erhalten zwar unter Umständen durch den Kostenspruch Ersatzansprüche an die Gegenpartei, können aber den dem Gericht geleisteten Vorschuss auch nicht zurückfordern, sofern die Gegenpartei kostenpflichtig wird [3]). Die Höhe der Entschädigung von Zeugen und Experten richtet sich nach dem Gesetz von 1937 §§ 1, 2.

Die Anwaltskosten setzen sich zusammen aus Anwaltsgebühren und Auslagen (Obergericht 4. Dezember 1936). Das Verhältnis des Anwaltes zu einer Partei ist ein privatrechtliches [4]). Er hat seiner Partei gegenüber Anspruch auf Bezahlung des Honorars. Bei Rechnungsstellung hat er sich an den gesetzlichen Gebührentarif nach Kostenverordnung von 1937 §§ 10 ff., insbesondere §§ 12 und 15 ff. zu halten. Der Anwalt kann ausserdem Ersatz seiner Auslagen verlangen.

---

[1]) Als Berechnungsgrundlage wird die eingeklagte Beschwernis genommen. Im Rekursverfahren vor Obergericht ist eine Gerichtsgebühr bis auf Fr. 60.—, vorbehältlich abweichender bundesrechtlicher Bestimmungen zu beziehen (Gesetz betreffend die Kosten bei Zivil- und Strafprozessen vom 17. Juli 1922, § 10).

[2]) Es kann sich dabei um Barauslagen wie Porti, Telefon, Reisespesen etc. handeln.

[3]) Ausgenommen, wenn diese das Armenrecht geniesst.

[4]) Dagegen wird der armenrechtlich bestellte Anwalt seiner Partei vom Obergericht zugewiesen (ZPO § 309) und ist verpflichtet, den Prozess zu führen. Seine Kostenrechnung ist ihm zu Lasten der Gegenpartei zuzusprechen, wenn die Kosten fällig sind. Kann die Gegenpartei nicht mit Erfolg belangt werden, so werden ihm diese vom Staate teilweise vergütet (Kostenverordnung 1937, § 9). Die Armenrechtsanwälte müssen sich mit der Honorierung durch den Staat begnügen und können von ihren Parteien keine weitere Honorierung verlangen (M VII 595). Wurde einer Partei das Armenrecht bewilligt und wurde es ihr wieder entzogen, weil sich herausstellte, dass sie vermöglich sei, so muss deren Anwalt mit seiner vor Entzug des Armenrechts erlaufenen Kostenforderung sich zuerst an seine Partei und dann erst an den Staat wenden (M VII 38).

Die Parteikosten sind in der Kostenverordnung von 1937 § 3 geregelt: Es handelt sich bei diesen um die Kostenersatzpflicht der unterliegenden gegenüber der obsiegenden Partei für persönliche Verrichtungen [1]).

Für die Prozesskosten besteht seitens der Parteien eine Pflicht zur Sicherstellung. Der Rekurrent hat auf Rechnung der Gerichtsgebühren zu deponieren:

a) bei Streitigkeiten im Werte über Fr. 50.— bis Fr. 200.— Fr. 30.—,

b) bei Streitigkeiten im Werte über Fr. 200.— bis Fr. 400.— Fr. 50.—,

c) bei Streitigkeiten im Werte von über Fr. 400.— bis Fr. 800.— Fr. 75.—,

d) in Vaterschafts- und Statusprozessen Fr. 100.— [2]).

Dagegen ist die Partei, die Armenrecht [3]) geniesst, von der Kostenvorschusspflicht und überhaupt von der Bezahlung der Gerichts- und Stempelgebühren, Zeugen- und Expertenkosten befreit.

Wird von einer vorschusspflichtigen Partei für Gerichtsgebühren der verlangte Vorschuss nicht geleistet, so wird es gehalten, als wäre die Rekursschrift überhaupt nicht eingereicht worden.

Leistet der Kläger nicht den Vorschuss nach § 311 ZPO, so bezeichnet der Richter die Folgen der Nichtleistung (§ 316), die auch im Verlust des Klagerechtes bestehen können.

In welchem Verhältnis die Parteien die Prozesskosten zu tragen haben, bestimmt die Rekursinstanz für das ganze Verfahren im Rekursentscheid. Dass sich diese Kostenverlegung auch auf die erstinstanzlichen Kosten beziehen kann, beruht auf dem Devolutiveffekt des Rekurses, der sich auf den Kostenpunkt bezieht. Das Obergericht übernimmt die erstinstanzlichen Kosten der Höhe

---

[1]) Darunter ist nach Kostenverordnung § 3 das persönliche Erscheinen der Parteien zu verstehen.
Im allgemeinen gibt es aber kein Erscheinen der Parteien vor der Rekursinstanz, da das Verfahren ein schriftliches ist. — Nur in seltenen Fällen sind die Parteien gezwungen, persönlich vor Gericht zu erscheinen, so z. B. in Besitzesschutzstreitigkeiten. In diesen Fällen ist die Höhe der Entschädigung gleich derjenigen, wie sie für die Zeugen festgesetzt ist.

[2]) Kostengesetz 1938 § 17.

[3]) Armenrechtsgesuche sind in der Regel vor Einreichung der Klage zu stellen § 306 ZPO, M VII 687).

nach, sofern sie sich im Rahmen des Tarifes halten, und setzt die zweitinstanzlichen Kosten im Rekursentscheid fest (§ 299 ZPO) [1]).

Für die Kostenverlegung gelten nach ZPO folgende Regeln: gewöhnlich trägt die unterliegende Partei alle Prozesskosten (§ 301, Abs. 2 ZPO). Einer Partei können nach § 302, Abs. 1 ZPO ganz oder teilweise die Prozesskosten auferlegt werden, wenn sie den Prozess mutwillig angefangen oder Rekurs eingelegt hat. Während § 302, Abs. 1 ZPO bestimmte Ausnahmen von dem im ZPO § 301, Abs. 2 enthaltenen Grundsatz nennt, ist dieser insofern durchbrochen, als der Richter Kostenteilung immer dann verfügen kann, wenn besondere Gründe dafür sprechen (§ 302, Abs. 2 ZPO). Es darf dabei auf jeden Umstand Rücksicht genommen werden, dem vernünftigerweise Bedeutung beigemessen werden kann. Kostenteilung ist vor allem dann am Platz, wenn jede Partei teils Sieger, teils Unterlegener des Prozesses ist.

Bei Prozessabschreibung hat die Kostenverteilung dem Resultat zu entsprechen, zu dem eine materielle Prüfung des Streitfalles geführt hätte, wenn der Prozess spruchreif gewesen wäre (M VIII 426). Wird der Rekurs wegen Abstandserklärung einer Partei abgeschrieben, so hat diese als Folge des Abstandes die zweitinstanzlichen Kosten allein zu tragen.

Wegen der Verhandlungsmaxime können sich die Parteien, sofern es nicht zu einem Entscheide kommt, frei über die Kosten einigen (§ 304 ZPO). Das Gericht soll einen Entscheid betreffend die Kostenvergütung an die Gegenpartei nur fällen, wenn diese es verlangt.

Verliert eine Partei im Laufe des Verfahrens die Legitimation und muss daher der Prozess abgeschrieben werden, so trägt die unterliegende Partei die Kosten nur insoweit, als der Stand des Prozesses zur Zeit des Wegfallens der Legitimation dies rechtfertigt.

Beschliesst die Rekursinstanz Nichteintreten, so wird der Rekurrent allein zu den Kosten verurteilt.

---

[1]) Zum Zwecke der Kostenfeststellung der Anwälte und Parteien haben dieselben ihre Kostennoten jeweilen mit den bezüglichen Rechtsschriften zu handen des Gerichtes und der Gegenpartei bei der Gerichtskanzlei einzureichen. Wird dies unterlassen, so bestimmt das Gericht die Kosten der Gegenpartei gegenüber nach Ermessen (§ 300 ZPO, Kostenverordnung 1937 § 6).